

Document:-
A/CN.4/SR.2725

Compte rendu analytique de la 2725e séance

sujet:
<plusiers des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2002, vol. I

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

travaux d'élaboration de projets de loi devant être soumis au parlement par le gouvernement étaient confiés à des commissions juridiques. La plupart de ces organes ont ensuite été remplacés par des commissions spécialisées chargées de formuler des propositions sur différents sujets. De même, les travaux juridiques dans certains domaines d'activité de l'ONU, tels que les droits de l'homme, sont confiés à des organes autres que la Commission, et plusieurs organes participent également au processus d'établissement de traités. L'article n° 97 du Règlement intérieur de l'Assemblée générale dit que les questions concernant une catégorie de sujets doivent être renvoyées à la ou les commissions chargées d'examiner cette catégorie de sujets. Toutefois, cette pratique n'a pas été suivie depuis des années et susciterait une immense consternation si elle était réintroduite. Il serait difficile et peut-être imprudent de freiner le processus actuel. Dans le passé, la Commission du droit international a demandé au Bureau des affaires juridiques de l'aider à établir des documents et à entreprendre des recherches, et cette possibilité peut être examinée. Mais, en fait, le Secrétariat est au service des organes législatifs de l'Organisation et ne doit pas intervenir sans qu'ils le lui demandent. M. Corell souhaite vivement poursuivre ce dialogue et suggère qu'il pourrait soulever cette question durant l'examen du budget ou du prochain plan à moyen terme, en faisant observer que le Secrétariat a intégré des analyses d'experts de la société civile dans un autre nouveau domaine, celui du clonage reproductif d'êtres humains.

53. M. Momtaz a soulevé une question classique. Dans le passé, des États tels que l'Afrique du Sud ont créé leurs propres institutions en vue de guérir les blessures de la nation. Dans le cas de la Sierra Leone, la décision a été prise par le Conseil de sécurité après consultation avec le Gouvernement. La relation entre le Tribunal spécial et la Commission Vérité et réconciliation est très importante; tous deux ont été établis en vertu du droit interne, conformément à la résolution 1315 (2000) du Conseil de sécurité, par un accord entre l'ONU et le Gouvernement, mais il incombera à ces deux institutions de développer leurs relations. Pour les aider dans cette tâche, le Bureau des affaires juridiques a organisé trois séminaires, deux à New York et un à Freetown. Le Procureur du Tribunal spécial et le Président de la Commission Vérité et réconciliation ont beaucoup de choses à examiner. En outre, les activités du Tribunal spécial seront axées sur un nombre relativement restreint de personnes, à savoir celles qui portent la plus lourde responsabilité pour les atrocités commises.

54. M. Corell sait bien que le Gouvernement japonais s'intéresse à la situation au Cambodge et ne peut que explorer le tour inévitable que les événements ont pris là-bas. Toutefois, il s'agit d'une question politique qui dépend désormais des États Membres.

55. Le budget de la Cour pénale internationale a été établi et devrait être adopté en septembre 2002. Les États Membres verseront alors leurs contributions à un fonds central qui sera géré par le Greffier de la Cour; une procédure similaire a été suivie lorsque le Tribunal international du droit de la mer a été établi.

56. Ayant coopéré avec les instances juridiques de nombreux pays, y compris de pays d'Afrique, M. Corell a le

plus grand respect pour ce qu'elles ont accompli avec des ressources extrêmement limitées. Dans certains cas, il n'y avait même pas de papier sur lequel imprimer les propositions de ratification d'instruments à présenter devant les parlements nationaux. Néanmoins, le Bureau des affaires juridiques ne peut pas collaborer directement avec de telles instances sans un mandat direct de l'Assemblée générale. M. Corell a fourni une liste de noms et de coordonnées utiles à des instances juridiques du monde entier, les a aidées à organiser des réunions informelles de conseillers juridiques, et a encouragé des collègues des pays développés à leur fournir une assistance, par exemple en faisant des dons aux bibliothèques juridiques de pays en développement. On peut toutefois faire beaucoup plus encore. Le Secrétaire général a noté dans son Rapport du Millénaire (« Nous les peuples : le rôle des Nations Unies au XXI^e siècle »)⁸ que de nombreux pays n'ont pas signé ou ratifié des conventions ou traités internationaux parce qu'ils n'avaient pas les compétences ni les ressources nécessaires; la coopération bilatérale pourrait contribuer à remédier à ce problème.

57. M. DUGARD demande au Conseiller juridique, en sa qualité de Secrétaire général adjoint de l'ONU, de faire part à ses supérieurs et collègues au Siège de sa préoccupation ainsi que celle d'autres membres de la Commission au sujet du fait que leurs honoraires ont été réduits à la somme généreuse d'un dollar et de transmettre leur espoir que ces honoraires seront bientôt réévalués à un niveau approprié.

La séance est levée à 11 h 50.

⁸ A/54/2000.

2725^e SÉANCE

Vendredi 24 mai 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Brownlie, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M. Tomka, M. Yamada.

Protection diplomatique¹ (suite*) [A/CN.4/514², A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1³, A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME ET TROISIÈME RAPPORTS
DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. DUGARD (Rapporteur spécial), présentant la section C de son troisième rapport (A/CN.4/523 et Add.1), dit que, contrairement à certains membres de la Commission qui considèrent que la clause Calvo appartient à une époque révolue où les États occidentaux intervenaient en Amérique latine, il estime que cette procédure fait partie intégrante de l'histoire et de l'évolution de la règle des recours internes et reste pertinente. C'est pourquoi il propose à la Commission le projet d'article 16 à ce sujet.

2. La clause Calvo est une disposition contractuelle par laquelle une personne se trouvant liée de son fait avec un État dont elle n'est pas ressortissante accepte de renoncer à demander la protection diplomatique de son État de nationalité et de s'en remettre exclusivement aux recours internes concernant l'exécution du contrat. Ce procédé avait été imaginé par le juriste argentin Carlos Calvo afin d'éviter que les ressortissants de puissances impérialistes occidentales présents en Amérique latine portent immédiatement tout différend de nature contractuelle avec le gouvernement de l'État hôte au niveau international, sans épuiser préalablement les recours internes. Depuis qu'elle existe, cette clause a fait l'objet de controverses. Les États latino-américains la considèrent comme une règle de droit international, et certainement du droit régional, et certains en ont inscrit le principe dans leur constitution, notamment le Mexique. Au contraire, les États occidentaux l'ont jugée contraire au droit international, arguant qu'en vertu du principe, qui est à la base de la fiction de Vattel, selon lequel le préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'État lui-même, seul l'État peut renoncer au droit de protection diplomatique⁴. La principale jurisprudence en la matière est la décision prise par la Commission générale des réclamations États-Unis d'Amérique/Mexique dans l'affaire de la *North American Dredging Company* où il est apparu clairement que la clause Calvo était compatible avec le droit international en général et le droit de la protection diplomatique en particulier. Dans cette affaire, la société requérante avait passé un contrat avec le Gouvernement mexicain dans lequel figurait une disposition, l'article 18, en vertu de laquelle l'entreprise et les personnes participant à l'exécution des travaux acceptaient d'être traitées comme des Mexicains pour les questions liées à l'exécution du contrat, et l'intervention d'agents diplomatiques étrangers ne pouvait être admise en aucun cas pour toutes les questions concernant le contrat⁵. Lors-

qu'un litige est survenu, le requérant n'a pas cherché à épuiser les recours internes comme le prévoyait l'article 18 du contrat, et, invoquant l'article V du compromis portant création de la Commission générale des réclamations⁶, lequel permettait de déroger à la règle de l'épuisement des recours internes, a fait appel au Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour qu'il porte l'affaire en son nom devant la Commission. Celle-ci a alors entrepris d'examiner les effets de l'article 18 du contrat et est arrivée à un certain nombre de conclusions qui sont exposées en détail à la section C.7 du rapport. En résumé, la Commission générale des réclamations a donc considéré la clause Calvo comme une promesse faite par l'étranger d'épuiser les recours internes. L'étranger renonçait ainsi à son droit de solliciter la protection diplomatique lorsqu'il présentait une réclamation liée à des dommages résultant du contrat, ou pour toute question relevant du contrat. Il n'en était pas pour autant privé du droit de solliciter la protection diplomatique s'il se heurtait à un déni de justice ou à une autre violation du droit international alors qu'il s'efforçait d'épuiser les recours internes ou de mener à bonne fin son contrat.

3. La décision prise dans l'affaire *North American Dredging Company* a été beaucoup critiquée par certains juristes, essentiellement à cause du refus de la Commission générale des réclamations de donner pleinement effet à l'article V du compromis ayant créé la Commission des réclamations, qui semblait dispenser le requérant de l'obligation d'épuiser les recours internes. Toutefois, il n'est plus possible de soutenir sérieusement que la clause Calvo est contraire au droit international. Le débat porte sur son objet et sa portée, dans le contexte notamment de cette affaire. Le Rapporteur spécial s'est efforcé au paragraphe 31 de son rapport de recenser les principes qui se dégagent de ce débat.

4. Tout d'abord, la validité de la clause Calvo n'est limitée qu'en ce sens qu'elle ne fait pas complètement obstacle à l'intervention diplomatique. Elle ne joue que dans le cas de litiges nés d'un contrat conclu entre un étranger et l'État hôte et prévoyant ladite clause, et non en cas de violation du droit international. Deuxièmement, la clause Calvo confirme l'importance de la règle de l'épuisement des recours internes. Selon certains auteurs, elle ne ferait même que la réaffirmer, alors que pour d'autres elle va au-delà. En effet, d'après la décision prise dans l'affaire *North American Dredging Company*, la clause Calvo peut priver d'effet une disposition d'un compromis autorisant une dérogation à la règle de l'épuisement des recours internes. Troisièmement, le droit international ne fait pas obstacle au droit de l'étranger de renoncer par convention à sa faculté ou son droit propres de demander à son État de nationalité d'exercer la protection diplomatique en sa faveur. Quatrièmement, l'étranger ne peut par l'acceptation de la clause Calvo renoncer à des droits que le droit international confère à son gouvernement; le droit de la protection diplomatique est fondé sur la fiction de Vattel selon laquelle le préjudice causé à un particulier du fait d'une violation du droit international est un préjudice causé à l'État dont il est ressortissant. Cinquièmement, la renonciation que constitue la clause Calvo ne s'applique qu'aux litiges nés d'un contrat ou de la rupture d'un

* Reprise des débats de la 2719^e séance.

¹ Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617^e séance, par. 1, p. 38 et 39.

² Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1^{re} partie).

³ Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1^{re} partie).

⁴ Voir E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758), Washington, Carnegie Institution, 1916, vol. III.

⁵ Voir A. H. Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934*, New York, Macmillan, 1935, p. 187.

⁶ *Ibid.*, p. 321 et suiv., en particulier p. 326.

contrat et ne peut être invoquée en cas de violation du droit international ni en particulier en cas de déni de justice. Cependant, des incertitudes subsistent quant à la notion de déni de justice lié au contrat contenant la clause Calvo ou découlant de celui-ci, ainsi qu'il ressort des écrits de García Amador, qui aboutit à la conclusion que la preuve d'une forme de déni de justice aggravée doit être apportée avant qu'une réclamation internationale puisse être présentée.

5. Le Rapporteur spécial rappelle que la clause Calvo est née de la crainte ressentie par les États d'Amérique latine de voir les États européens et les États-Unis d'Amérique intervenir dans leurs affaires intérieures sous le prétexte de la protection diplomatique. Les États européens et les États-Unis d'Amérique, de leur côté, craignaient que leurs ressortissants ne bénéficient pas d'une procédure équitable dans des pays dont ils considéraient les structures judiciaires comme insuffisantes. La situation a cependant changé depuis. Les États européens et les États-Unis d'Amérique respectent l'égalité souveraine des pays latino-américains, et ont désormais confiance en leurs systèmes judiciaires, qui font d'ailleurs l'objet d'un contrôle régional et international. La clause Calvo reste néanmoins un élément important de la conception latino-américaine du droit international, et cette doctrine influence l'attitude de pays en développement, africains ou asiatiques, qui redoutent les interventions d'États puissants dans leurs affaires intérieures. La doctrine Calvo, déjà reflétée dans la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale du 14 décembre 1962 sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, est reprise dans des instruments internationaux tels que la Charte des droits et des devoirs économiques des États, contenue dans la résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale du 12 décembre 1974, qui prévoit, à l'article 2 (par. 2, al. c), que les différends concernant l'indemnisation consécutive à l'expropriation de biens étrangers sont réglés conformément à la législation interne de l'État qui prend des mesures de nationalisation. L'influence de la doctrine Calvo apparaît également dans la décision 24 de l'Accord de Carthagène sur l'intégration sous-régionale des pays andins (Pacte andin). Il est à noter, par contre, que l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)⁷, en autorisant les investisseurs étrangers à recourir à un arbitrage international sans avoir d'abord épuisé les recours internes, s'écarte quelque peu de la doctrine Calvo.

6. Le Rapporteur spécial estime que deux options s'offrent à la Commission : soit renoncer à élaborer une disposition sur le sujet au motif qu'elle serait superflue si l'on considère que la clause Calvo ne fait que réaffirmer la règle de l'épuisement des recours internes, soit au contraire prévoir une disposition sur ce point limitant la validité de la clause Calvo aux différends nés de contrats, sans préjudice du droit de l'État de nationalité de l'étranger d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de cette personne lorsqu'elle est lésée par un fait internationalement illicite de l'État partie au contrat. Tel est l'objet du projet d'article 16 proposé dont le paragraphe 2 dispose qu'une telle clause constitue une présomption en faveur

de l'épuisement des recours internes avant le recours à un règlement international du litige, et ce, même s'il existe un compromis contenant une disposition prévoyant une dérogation à la règle de l'épuisement des recours internes. Le projet reprend en somme les principes énoncés dans l'affaire *North American Dredging Company*, en disant clairement que la clause Calvo n'est pas contraire au droit international, que la renonciation à la protection diplomatique se limite exclusivement aux litiges découlant du contrat et que toute disposition dérogatoire à la règle de l'épuisement des recours internes figurant dans un compromis serait privée d'effet par la clause Calvo.

7. M. SEPÚLVEDA souligne la grande qualité des deux rapports présentés par le Rapporteur spécial, remarquables par la façon dont ils ordonnent et systématisent les concepts analysés et par la richesse des sources utilisées. Le traitement de cette question pourra constituer un complément à celui de la responsabilité internationale des États.

8. Le principe général de l'épuisement préalable des recours internes a déjà été étudié par la Commission, de même que les exceptions à la règle générale. Les idées centrales sur lesquelles s'articule l'analyse du Rapporteur spécial sont la primauté des lois et des tribunaux nationaux, en tant qu'expression de la souveraineté de l'État; la réaffirmation des compétences légales et politiques de l'État hôte; la possibilité offerte à celui-ci de réparer le préjudice subi par un étranger dans le cadre de son propre système juridique avant d'être appelé à rendre des comptes au niveau international; le principe d'égalité entre le national et l'étranger serait réduit à néant si celui-ci était soustrait à la juridiction nationale du fait de l'exercice de la protection diplomatique, ce qui reviendrait à nier la validité du système juridique de l'État hôte et le rôle des juridictions nationales lorsqu'il s'agit de résoudre des conflits surgis sur le territoire national. La violation d'une obligation internationale ne pourra être établie qu'après que l'individu lésé, ayant exercé les recours disponibles, n'aura pas obtenu satisfaction ou aura été victime d'un déni de justice. C'est alors seulement qu'une procédure internationale pourra être engagée, que ce soit devant des tribunaux arbitraux ou judiciaires, ou par le biais de la protection diplomatique.

9. M. Sepúlveda estime, comme le Rapporteur spécial, qu'aucune codification de la règle de l'épuisement des recours internes n'est complète sans la reconnaissance de la clause Calvo qui fait partie intégrante du droit constitutionnel de plusieurs pays latino-américains et du droit coutumier régional de l'Amérique latine. Il pense aussi qu'on ne peut plus soutenir que la clause Calvo est contraire au droit international en raison de deux principes essentiels, à savoir l'égalité souveraine des États, qui entraîne un devoir de non-intervention, et l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers. De ce fait, quiconque s'établit dans un pays étranger accepte une communauté de destin avec les nationaux de ce pays. Il a donc droit à la même protection que ces derniers et la responsabilité du gouvernement est la même à l'égard des étrangers qu'à l'égard des nationaux. Sur le plan de la codification, comme le Rapporteur spécial l'a signalé, la clause Calvo est consacrée dans nombre d'instruments juridiques interaméricains. Certes, les États-Unis d'Amérique ont assorti leur ratification de réserves, en réaffirmant leur droit à

⁷ Accord de libre-échange nord-américain entre le Gouvernement du Canada, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique, Ottawa, Ministère canadien des approvisionnements et services, 1992.

l'exercice de la protection diplomatique. Il n'en demeure pas moins que la Charte de l'Organisation des États américains, qui n'a fait, elle, l'objet d'aucune réserve de la part d'aucun des États américains, donne une définition radicale de la non-ingérence, en interdisant toute forme d'ingérence, directe ou indirecte, pour quelque motif que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un État.

10. Quant à la jurisprudence en la matière, le Rapporteur spécial a indiqué à juste titre que la décision rendue dans l'affaire *North American Dredging Company* constitue une ligne de partage permettant de distinguer deux périodes, avant et après l'affaire. La Commission générale des réclamations États-Unis/Mexique a établi la validité d'un contrat de concession par lequel le bénéficiaire étranger a accepté de jouir des mêmes droits en matière de réclamation qu'un ressortissant mexicain, sans prétendre à d'autres droits que ceux reconnus aux Mexicains. À cette occasion, elle a défini les règles suivantes : un équilibre doit être établi entre le droit souverain de la juridiction nationale et le droit des nationaux à la protection de leur État; il n'existe aucune règle de droit international qui interdise de limiter le droit à la protection diplomatique; un étranger ne peut s'opposer au droit qu'à son gouvernement de présenter une réclamation internationale en cas de violation d'une obligation internationale qui lui a causé un préjudice; la Commission n'a pas pu évoquer une règle généralement admise en droit international positif donnant à un gouvernement le droit d'intervenir pour annuler un contrat en bonne et due forme conclu par un de ses ressortissants; pareil contrat oblige le bénéficiaire à se soumettre à la législation mexicaine et à faire valoir les recours internes qu'elle prévoit; un déni de justice ou toute autre violation du droit international fait naître le droit à la protection diplomatique.

11. C'est en se fondant sur cette jurisprudence que le Rapporteur spécial a dégagé une série de dénominateurs communs appelés à servir d'éléments de codification d'une règle en la matière : la clause Calvo s'applique dans le cas de litiges liés à un contrat passé entre un étranger et l'État hôte, contrat dans lequel elle doit figurer; la clause ne s'applique pas en cas de violation du droit international; la clause confirme la validité de la règle coutumière de l'épuisement des recours internes; le droit international n'empêche pas un étranger d'exercer un droit à ne pas demander la protection de son gouvernement; une personne privée ne peut renoncer à des droits qui, en vertu du droit international, appartiennent à l'État; l'étranger, par la clause Calvo, s'engage à ne pas solliciter la protection de son gouvernement en cas de différend lié à l'application du contrat, mais cela ne vaut pas en cas d'éventuel déni de justice ou autre manquement au droit international.

12. À ces éléments constitutifs d'une règle proposés par le Rapporteur spécial, M. Sepúlveda souhaiterait joindre le principe énoncé dans la base de discussion n° 26 établie en 1929 par le Comité préparatoire de la Conférence pour la codification du droit international, tenue à La Haye en 1930, et qui est énoncé en note de bas de page à la section C.5 du troisième rapport à l'étude : « Si, dans un contrat, un étranger a valablement accepté la compétence exclusive des tribunaux locaux, cette disposition est obligatoire pour tout tribunal international auquel est soumise une

demande en vertu de ce contrat »⁸. On retrouve l'esprit de cette disposition à l'article 27 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, de 1965, qui est cité à la section C.9 du rapport à l'étude. Les tribunaux d'arbitrage qui ont eu à appliquer cette convention ont, avec constance, conclu qu'aucun État contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la Convention, sauf en cas de non-respect ou de non-exécution de la sentence rendue. Il existe dans ce sens une jurisprudence arbitrale solide. On trouve aussi un principe équivalent dans des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, notamment au paragraphe 1 c de l'article 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, lequel dispose que le Comité des droits de l'homme ne peut connaître d'une affaire qui lui est soumise qu'après s'être assuré que tous les recours internes disponibles ont été utilisés et épuisés, conformément aux principes de droit international généralement reconnus.

13. En conclusion, M. Sepúlveda accepte la recommandation du Rapporteur spécial d'élaborer une disposition qui reprendrait les termes de la clause Calvo et qui, à ce titre, refléterait la jurisprudence, la doctrine et une partie de la pratique des États en la matière réaffirmant le rôle des juridictions internes. Ce faisant, la Commission codifierait une norme de droit coutumier régional qui, vu l'évolution récente du droit international, peut légitimement accéder au rang de règle universelle.

14. M. BROWNLIE note que le rapport à l'étude, bien documenté et utile, administre la preuve que la question de la clause Calvo ne revêt pas qu'un intérêt historique. Mais, aussi importante soit-elle, elle est étrangère au statut de la Commission, notamment à l'article 15 : en effet, elle n'est pas une règle de droit et ne se prête donc pas à la codification. Du reste, si la Commission devait la codifier, elle serait tenue de se prononcer sur la licéité ou non de la clause, ce qui est inacceptable. La clause Calvo n'est qu'un simple procédé technique de rédaction des contrats. Quant à la « fiction de Vattel », évoquée à la section C.8 du rapport, qui part du principe que le préjudice causé à un particulier est un préjudice causé à l'État dont l particulier est ressortissant, elle n'en est pas une et ne saurait en aucune manière dispenser d'un examen au cas par cas de l'exercice de la protection diplomatique. C'est pourquoi M. Brownlie pense que le projet d'article 16 présenté par le Rapporteur spécial ne devrait pas être renvoyé au Comité de rédaction.

15. M. PELLET relève que le rapport à l'étude vient le conforter dans sa conviction, exprimée lors d'une intervention précédente, que l'examen de la clause Calvo, auquel il n'est pas opposé dans son principe, devrait s'inscrire dans le cadre de la question plus vaste de la renonciation à la protection diplomatique. En effet, le rapport prétend porter et ne porter que sur cette clause, mais en

⁸ Voir Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 135; reproduit dans *Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, annexe 2, p. 225.

réalité il porte également sur d'autres institutions, et en particulier sur la renonciation à l'exercice de la protection diplomatique par l'État lui-même, problème qui se pose en des termes fort différents de ceux de la clause Calvo proprement dite. À cet égard, M. Pellet partage pour l'essentiel l'analyse de M. Brownlie et convient avec lui que la clause Calvo est une pratique; mais il ne souscrit pas à sa conclusion et pense, pour sa part, que ce fait ne dispense pas forcément de s'interroger sur la question de savoir si cette pratique est conforme au droit international et quels sont ses effets en droit international. Il y a là à l'évidence matière à discussion juridique, voire à codification ou développement progressif du droit international.

16. Dans son rapport, le Rapporteur aurait dû distinguer très clairement les deux aspects de la question, à savoir la renonciation par un individu à la protection diplomatique de son État national, et la renonciation par l'État à l'exercice de la protection nationale – ce qu'il n'a pas fait, rendant plus difficile, voire impossible, la définition même de la clause Calvo. Sur ce point, M. Pellet n'est pas sûr que le Rapporteur spécial ait eu raison de se rallier à la définition de García Amador⁹, comme il semble ressortir de la section C.3 du rapport. En effet, si la première et la troisième hypothèses peuvent réellement apparaître comme des avatars de ce que M. Pellet, pour sa part, croit être « la » clause Calvo, la deuxième, qui est tout simplement une clause arbitrale contractuelle, ne se rattache pas à la doctrine Calvo, sauf si, parallèlement à l'engagement d'arbitrage, le cocontractant étranger renonce à la protection diplomatique de son État national. La clause Calvo est en effet essentiellement une disposition contractuelle par laquelle le cocontractant étranger renonce à la protection diplomatique de l'État dont il est ressortissant.

17. M. Pellet n'est cependant pas certain que cela suffise, car il se demande si cette définition de la clause doit s'appliquer à n'importe quel contrat, ou s'il faut la limiter aux seuls contrats d'État, voire aux seuls contrats de concession, comme il semble découler, par exemple, de l'article 27 de la Constitution mexicaine citée en note de bas de page à la section C.9 du rapport, alors même que le Rapporteur spécial présente le Mexique comme le défenseur le plus convaincu de la clause Calvo. Quoi qu'il en soit, M. Pellet croit qu'il n'est possible de parler de clause Calvo que dans le cas d'un contrat d'État, ce que laisse entendre d'ailleurs le paragraphe 1 du projet d'article 16 proposé par le Rapporteur spécial. Cela dit, le problème se pose tout de même de savoir quel serait le sort d'une telle clause dans un contrat entre un national et une personne privée étrangère.

18. M. Pellet croit que le Rapporteur spécial a une conception beaucoup plus générale, ou plus floue peut-être, de la clause Calvo, comme l'attestent les exemples qu'il cite aux sections C.4 et C.9 de ce qu'il appelle la clause Calvo : la Convention relative aux droits des étrangers, de 1902, l'article 9 de la Convention concernant les droits et devoirs des États, signée à Montevideo en 1933, l'article VII du Traité américain de règlement pacifique

(Pacte de Bogota), de 1948, les décisions 24 et 220 du Pacte andin et l'article 27 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Or, pour M. Pellet, il ne s'agit là nullement de « clauses Calvo » : ce sont des engagements, plus ou moins clairs d'ailleurs, pris par les États concernés de ne pas exercer leur protection diplomatique, ou d'en limiter l'exercice. Ce sont des clauses conventionnelles qui figurent dans des traités, et non des clauses contractuelles figurant dans des contrats. À ce titre, elles posent des problèmes de validité, si tant est qu'elles en posent, très différents de ceux des « vraies » clauses Calvo. Il va de soi que les États peuvent s'engager à ne pas exercer leur protection diplomatique, c'est-à-dire le droit qu'ils ont de faire respecter leur droit propre en la personne de leurs ressortissants, pour reprendre la célèbre formule de l'arrêt rendu par la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*. En effet, il ne faut pas oublier, comme l'a rappelé la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, que l'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il exercera sa protection. Le national de l'État ne peut se substituer à lui, car il s'agit non pas de ses droits propres mais de ceux de l'État, si, du moins, n'est pas remise en cause la fiction sur laquelle repose la formule *Mavrommatis*. Il semble qu'elle ne le soit pas et M. Pellet le regrette. Même s'il est possible de dire actuellement que les individus sont des sujets du droit international et que l'État représente les individus.

19. M. Pellet reconnaît qu'on ne saurait pour autant déduire de ces observations que la clause Calvo est contraire au droit international : un particulier ne peut renoncer à un droit qui ne lui appartient pas, mais il peut, en revanche, s'engager d'abord à respecter exclusivement les lois du pays d'accueil et ensuite à ne pas rechercher la protection diplomatique de son État d'origine. Il renonce par là à un droit de saisine, et non à la protection elle-même. Ce qu'il ne peut pas faire, c'est garantir que son État national n'interviendra pas, non pas en sa faveur, mais pour faire respecter son droit de voir le droit international respecté en la personne de son ressortissant.

20. C'est bien là l'orientation que le Rapporteur spécial semble avoir adoptée, telle qu'elle ressort de la section C.8 du rapport à l'étude et du paragraphe 1 du projet d'article 16. Il reste que M. Pellet n'est pas toujours convaincu par le raisonnement suivi par le Rapporteur spécial pour parvenir à cette conclusion et qu'il nourrit des réticences à l'égard de la rédaction même du projet d'article.

21. En ce qui concerne le raisonnement, les « arguments » liés à la renonciation par l'État à la protection diplomatique de ses ressortissants semblent exacts en eux-mêmes et peuvent aller dans le sens souhaité par Calvo lui-même, mais ils sont sans incidence sur le problème qui intéresse la Commission, à savoir la validité ou la portée des clauses Calvo au seul sens exact que M. Pellet leur attribue, c'est-à-dire au sens de dispositions contractuelles par lesquelles une personne étrangère renonce à la protection diplomatique de son État national. D'ailleurs, les exemples de « fausses clauses Calvo conventionnelles » que cite le Rapporteur spécial ne sont pas des renonciations totales à la protection diplomatique : il s'agit en général bien plus de dispositions conventionnelles réaffirmant et cernant d'ailleurs quelquefois

⁹ Voir F. V. García Amador, "State responsibility: some new problems", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1958-II*, Leyde, Sijthoff, 1959, p. 455 et 456; et troisième rapport sur la responsabilité internationale, *Annuaire... 1958*, vol. II, doc. A/CN.4/111, p. 60.

la règle de l'épuisement des recours internes. Tel est le cas de la Convention relative aux droits des étrangers, de la Convention concernant les droits et devoirs des États et du Pacte de Bogota. D'autres exemples, classés à tort sous l'appellation « clause Calvo », comme les décisions 24 ou 220 du Pacte andin, se bornent à rappeler que le droit applicable à un contrat transnational est, en principe, le droit de l'État où le contrat est mis en œuvre – ce qui ne veut pas dire que, si l'État hôte viole une règle de droit international dans l'application du contrat, la protection diplomatique est exclue. Enfin, M. Pellet ne croit pas que la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale ou la Charte des droits et devoirs économiques des États constituent une « réaffirmation classique de Calvo », et encore moins une réaffirmation de la validité des clauses Calvo, comme il est dit à la section C.9 du rapport : il s'agit plutôt de la réaffirmation du principe énoncé par la CPJI dans l'affaire des *Emprunts serbes*, selon lequel « [t]out contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale » [arrêt, p. 41]. Il en découle que c'est le droit national, et lui seul, qui est applicable, sauf disposition contraire. Et ce problème est tout à fait différent de celui de la validité des clauses Calvo.

22. À cet égard, M. Pellet comprend mal l'argument avancé à la section C.8 du rapport où il est dit que « la renonciation au nom de la clause Calvo ne joue que s'agissant des litiges nés d'un contrat ou de la rupture d'un contrat qui en tout état de cause ne constitue pas une violation du droit international ». Mais n'est-ce pas là énoncer une évidence ? La protection diplomatique ne peut, de toute manière, jouer que si un fait internationalement illicite a été commis, et c'est le droit international qu'il s'agit de faire respecter, jamais le contrat en tant que tel. La question qui se pose alors est de savoir si la rupture du contrat est ou non contraire au droit international. Enfin, M. Pellet doute que la décision de la Commission générale des réclamations États-Unis/Mexique dans l'affaire *North American Dredging Company*, et celles de la même Commission qui l'ont suivie, constitue l'essence même de la jurisprudence en la matière. Il lui semble que d'autres décisions juridictionnelles et arbitrales, tout aussi respectables, sont également pertinentes dans ce domaine, comme la sentence Ralston de 1904 dans l'affaire *Martini*, ou l'arrêt n° 2 de la CPJI dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*. Or, ces précédents sont beaucoup plus réservés à l'égard de la clause Calvo que l'affaire *North American Dredging Company*, qui, elle-même, est pour le moins ambiguë, comme le montre d'ailleurs le Rapporteur spécial.

23. Ces observations faites, qui pourraient avoir leur place dans le commentaire du projet d'article 16, M. Pellet passe au projet d'article lui-même. Il déclare souscrire à l'idée générale qui sous-tend le paragraphe 1, mais a quelques critiques à formuler à propos de la rédaction elle-même du projet. Premièrement, il croit qu'il ne faut pas, dans une disposition de ce genre, énumérer des « variétés » de clause Calvo, qui ne font pas justice à l'imagination des juristes qui les rédigent. Ces clauses sont en effet très diversifiées et une formule beaucoup plus générale serait plus satisfaisante. Il suffirait de dire, dans une première phrase, qu'un étranger peut valablement renoncer à invoquer la protection diplomatique, peut-être en

précisant qu'il peut le faire « par contrat », mais cela ne s'impose pas car, somme toute, il peut aussi y renoncer en dehors du contrat. Deuxièmement, M. Pellet a des doutes quant à l'opportunité de parler du « droit » d'invoquer la protection diplomatique : le mot « droit » peut prêter à confusion, car il pourrait être rapproché de la notion de « droit à la protection diplomatique », laquelle n'existe pas en droit international. L'État a le droit de protéger, mais il n'y a pas de droit à la protection.

24. Troisièmement, dans la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 16, il faudrait éviter d'employer le mot « stipulation », qui a un sens trop spécifique, et le remplacer par « disposition ». Quatrièmement, il serait préférable de remplacer dans la même phrase l'expression « n'affecte en rien » par, tout simplement, « n'affecte pas ». Cinquièmement, il faudrait suivre au plus près possible, en français comme en anglais, la rédaction de la formule *Mavrommatis*, et donc remplacer « au bénéfice de » par « en faveur de ». Une sixième modification, nettement plus importante, s'impose, à savoir la suppression du dernier membre de phrase du paragraphe 1 (« ou lorsque le préjudice qu'elle a subi concerne directement son État de nationalité »), d'abord parce que la signification de l'adverbe « directement » n'est pas claire. En effet, ou bien l'État est directement lésé – lui aussi – et l'on n'est pas dans une hypothèse de protection diplomatique, ou bien seul le particulier est la victime directe du préjudice mais, de toute manière, toujours selon la formule *Mavrommatis*, l'État a le droit de faire respecter le droit international en la personne de son ressortissant et l'hypothèse visée dans ce membre de phrase n'a rien de particulier.

25. Enfin, M. Pellet est très opposé au paragraphe 2 du projet d'article 16 car il lui semble contredire tout ce que dit le projet sur l'épuisement des recours internes. L'existence d'une clause Calvo n'est nullement nécessaire pour créer une présomption en faveur de l'épuisement des recours internes. Cette présomption existe indépendamment de toute clause contractuelle. C'est même une condition majeure pour l'exercice de la protection diplomatique. Par contre, M. Pellet se demande s'il ne faudrait pas insérer dans le projet d'article 16 un nouveau paragraphe 2 si, comme il l'espère, la Commission renonce au texte actuel, qui préciserait que l'État dont le particulier lésé est ressortissant peut valablement et sans restriction renoncer à exercer sa protection diplomatique. En effet, ce qui va sans dire va encore mieux en le disant. Dans ce cas, bien sûr, l'article 16 couvrirait un domaine plus large que celui de la clause Calvo et devrait s'intituler : « Renonciation à la protection diplomatique ».

26. Au début de sa présentation, le Rapporteur spécial a dit qu'il estimait que son projet devait absolument mentionner la clause Calvo. Étant donné les divergences de vues que M. Pellet pressent à ce sujet au sein de la Commission, il serait peut-être plus prudent de renoncer à une disposition qui n'est en fait que la conséquence d'autres principes qui figurent ailleurs dans le projet d'articles, à savoir la formule *Mavrommatis* et l'exigence indiscutable de l'épuisement des recours internes.

27. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se demande si tout l'intérêt de l'examen de la clause Calvo en rapport avec la règle de l'épuisement des recours internes ne devrait pas se situer plutôt au niveau de la portée d'une clause

figurant dans un contrat passé entre un particulier et un État. Il souscrit entièrement à l'observation de M. Pellet selon laquelle il ne s'agit pas de n'importe quel contrat mais d'un contrat d'État.

28. Pour ce qui est de la renonciation, la clause en question permettrait à un particulier de se croire autorisé par son État de nationalité à prendre en son nom l'engagement que l'État ne mettra pas en œuvre un droit dont il est pourtant le titulaire. Comme l'a fait remarquer M. Pellet, ce droit n'appartient pas au particulier mais bien à l'État. Le problème de la validité de la clause Calvo se pose donc plutôt entre les seules parties au contrat. Il conviendrait de déterminer en quoi l'État dont le ressortissant se permet de dire qu'il renonce à la protection diplomatique est lié par une telle déclaration. Par ailleurs, il est important de s'interroger sur le moment où l'État pourrait effectuer une telle renonciation. Serait-ce au moment de la conclusion du contrat entre le particulier et l'État cocontractant ou bien au moment où, le litige étant né, le particulier se tourne vers son État de nationalité pour solliciter sa protection ? Il s'agit de localiser dans le temps l'exercice de la renonciation par l'État d'origine du particulier pour qu'elle puisse avoir un effet. Il y a là un problème de validité mais aussi d'opposabilité.

29. M. Sreenivasa RAO fait observer que la clause Calvo a, certes, une importance historique mais que, dans la pratique, elle est de moins en moins utilisée. Par exemple, la plupart des États concluent aujourd'hui des accords en matière d'investissement qui prévoient le recours direct à un arbitrage international en cas de litige. Il craint que la Commission ne consacre trop de temps à l'examen d'une question qui a perdu beaucoup de sa pertinence.

30. M. SEPÚLVEDA estime que la clause Calvo ne doit pas être considérée comme une relique. Au Mexique, toute société étrangère qui se constitue conformément à la législation nationale a l'obligation de souscrire un contrat comportant ce type de clause. L'arbitrage international n'est prévu que pour certaines catégories de litiges. Dans la majorité des cas, pour tout ce qui a trait à l'interprétation ou à l'exécution d'un contrat, la société étrangère doit respecter une clause Calvo, c'est-à-dire accepter de se soumettre à la législation nationale.

31. Le PRÉSIDENT dit qu'il n'a pas le sentiment que l'intervention de M. Sepúlveda aille dans une direction fondamentalement opposée à celle de M. Sreenivasa Rao ou de M. Brownlie. Il ne s'agit après tout que d'une clause contractuelle, et il faudrait veiller à ne pas trop s'écarter de l'objectif principal de la Commission, qui est de produire des résultats concrets et acceptables par tous.

Actes unilatéraux des États (suite*) [A/CN.4/524, A/CN.4/525 et Add.1 et 2¹⁰, A/CN.4/521, sect. D]

[Point 5 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

32. M. KAMTO dit qu'il ne faudrait pas perdre de vue le travail important qui a été fait depuis des années sur le sujet des actes unilatéraux. Il rappelle que la question fondamentale qui se pose à la Commission est de savoir s'il existe en droit international un être juridique dénommé « acte unilatéral » et, dans l'affirmative, quel doit être le régime juridique qui gouverne un tel acte. Il salue le travail effectué par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport (A/CN.4/525 et Add.1 et 2), qui représente un très net progrès par rapport à ce qui a été fait précédemment. Outre le récapitulatif, très utile tant pour les nouveaux membres de la Commission que pour les anciens, il expose le résultat de recherches approfondies dans les domaines doctrinal et jurisprudentiel. À ce propos, M. Kamto partage l'avis exprimé par M. Gaja et d'autres intervenants, selon lequel on manque cruellement d'informations sur la pratique des États. M. Sepúlveda a indiqué des sources très pertinentes qui pourraient permettre à la Commission de poursuivre ses travaux sans attendre la réponse des États au questionnaire.

33. Formulant tout d'abord des remarques d'ordre général sur l'ensemble du chapitre premier du cinquième rapport, M. Kamto attire l'attention du Rapporteur spécial sur certaines redites, notamment aux paragraphes 99 et 100. Au paragraphe 106, le Rapporteur spécial parle de « défauts de manifestation de la volonté » mais cette expression n'est pas très claire. Peut-être s'agit-il d'un problème de traduction. Il faudrait en tout cas préciser si le terme « défauts » désigne des vices qui pourraient entacher la manifestation de la volonté ou bien l'absence de manifestation de la volonté. Sur le plan du fond, l'une des questions importantes est de déterminer si l'acte unilatéral constitue une source de droit international de même niveau que les sources habituelles, à savoir le traité et la coutume. En d'autres termes, un acte unilatéral peut-il déroger au droit international général ou à des obligations *erga omnes* ? M. Kamto estime que l'acte unilatéral ne devrait jamais prévaloir sur le droit international général ni sur les dispositions d'une convention multilatérale à laquelle l'État auteur de l'acte unilatéral est partie. La jurisprudence contient d'ailleurs plusieurs indications qui vont dans ce sens. Par exemple, dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, la CPJI, se prononçant sur le refus de l'accès au canal de Kiel opposé à ce navire en vertu des ordonnances allemandes sur la neutralité promulguées à l'occasion de la guerre russo-polonaise, a jugé qu'une ordonnance de neutralité, acte unilatéral, ne saurait prévaloir sur les dispositions d'un traité de paix (en l'occurrence le Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne [Traité de Versailles]). L'acte unilatéral est donc bien une source de droit international mais pas du même niveau que le traité et la coutume.

34. Au paragraphe 87 du rapport, il faudrait remplacer l'expression latine figurant entre parenthèses, à savoir *pacta sunt servanda*, par *acta sunt servanda*. Cela dit, la principale question est de savoir si cette formule doit être retenue. Au paragraphe 94, il est dit que l'État est libre de formuler des actes unilatéraux en dehors du cadre du droit international, mais que de tels actes ne peuvent en aucun cas être contraires à une norme de *jus cogens*. M. Kamto souhaiterait savoir si l'expression « en dehors » concerne

* Reprise des débats de la 2723^e séance.

¹⁰ Voir *supra* note 3.

la formulation ou les effets de l'acte unilatéral. Ce qui importe, ce sont bien les effets.

35. Passant au texte des projets d'article proposés au paragraphe 119 du rapport, M. Kamto relève deux problèmes de terminologie. En premier lieu, il est question à l'article 5 *c* de corruption du « représentant de l'État » alors qu'à l'article 5 *d* on parle de « la personne qui accomplit l'acte ». Il n'est pas nécessaire d'employer deux expressions différentes et, étant donné que dans le cadre des actes unilatéraux la notion de représentation n'est pas pertinente, il serait préférable de dire dans les deux cas « la personne qui accomplit l'acte ». À l'article 5 *h*, il est fait mention d'« une norme impérative du droit interne ». M. Kamto se demande ce que signifie cette expression. S'agit-il d'une norme constitutionnelle ? En tout état de cause, il vaudrait mieux s'en tenir au terme figurant dans la Convention de Vienne de 1969, à savoir norme « fondamentale ». A priori, les projets d'articles 5 *d* et 5 *e* font double emploi, à moins que le Rapporteur spécial veuille de la sorte établir une distinction entre la contrainte qui s'exerce sur la personne qui accomplit l'acte et la contrainte, représentée par la menace ou l'emploi de la force, qui s'exerce sur l'État et l'amène à formuler un acte unilatéral.

36. En ce qui concerne l'interprétation des actes unilatéraux, le paragraphe 123 du rapport ne permet pas de déterminer clairement si le Rapporteur spécial se réfère à l'affaire de la *Compétence en matière de Pêcheries* opposant l'Espagne et le Canada ou à l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*. En tout état de cause, le Rapporteur spécial semble dire qu'il ne fait pour l'instant que donner des indications sur ce que seront ses propositions. M. Kamto se réserve donc le droit de revenir plus tard sur cette question de l'interprétation des actes unilatéraux.

37. M. PELLET appuie résolument la suggestion tendant à étudier la relation entre les actes unilatéraux et les autres sources du droit international. L'étude de cet aspect n'était peut-être pas indispensable dans le cas de la Convention de Vienne de 1969 mais, s'agissant des actes unilatéraux, c'est un point très intéressant et important et il conviendrait d'encourager le Rapporteur spécial à ne pas s'en tenir au schéma de cette convention.

38. M. KOSKENNIEMI se dit opposé à l'idée que les actes unilatéraux puissent être assimilés à des sources du droit international. Ces actes créent des obligations et non du droit, et l'usage malencontreux du terme « nullité » dans l'ensemble du projet d'article 5 dénote une incapacité à énoncer la théorie des actes unilatéraux en termes d'obligations réciproques entre États qui peuvent être, dans certaines circonstances, réciproquement « opposables ». Ces obligations juridiques réciproques ne sauraient être considérées comme découlant d'une condition générale de validité des actes unilatéraux; elles dépendent de la nature concrète du rapport entre les parties, celle qui agit et celles qui ont tenu compte de cet acte ou s'y sont fiées. Le projet d'article 5 ne doit pas être renvoyé au Comité de rédaction, parce qu'il pose des problèmes qui ne sont pas d'ordre simplement rédactionnel.

39. Le PRÉSIDENT se demande si le débat ne tourne pas au fond autour de quelque chose de très proche de la notion d'estoppel.

40. M. KAMTO dit que, si l'on pousse jusqu'au bout le raisonnement de M. Koskenniemi, on aboutit à la position des volontaristes selon lesquels il n'y a pas d'acte unilatéral en droit international : tout acte juridique ou toute source du droit international exprime deux volontés concordantes même s'il peut y avoir un décalage dans le temps entre la manifestation de ces deux volontés, c'est-à-dire un consentement dissocié. Or, l'acte unilatéral ne crée généralement pas d'obligations réciproques et ne relève pas d'un processus bilatéral ou multilatéral direct ou instantané avec d'autres sujets du droit international. Bien entendu, certains actes unilatéraux ne se démarquent pas nettement des accords internationaux, mais, dans d'autres cas, la frontière entre les deux existe bien. En tout état de cause, l'étude des rapports avec les sources du droit international, même si elle est d'ordre doctrinal, permet de mieux situer la notion d'acte unilatéral et, par ailleurs, n'affecte pas la poursuite de la codification du sujet par la Commission.

41. M. TOMKA se pose tout d'abord la question de l'état d'avancement des travaux de la Commission sur le sujet. L'étude de ce dernier a débuté en 1997 et n'a produit jusqu'à présent que quatre projets d'article dont le Comité de rédaction est saisi. La Commission se retrouve un peu dans la situation où elle était, il y a 40 ou 45 ans, pour l'étude du sujet de la responsabilité des États. À l'époque, le premier Rapporteur spécial, García Amador, s'était intéressé à un aspect particulier du sujet puis, devant l'absence de résultat par ce biais, le deuxième Rapporteur spécial, avec l'aval de la Commission, a tenté d'établir des règles générales. Peut-être conviendrait-il, sur le sujet des actes unilatéraux, de faire l'inverse, c'est-à-dire d'étudier systématiquement les différentes catégories d'actes unilatéraux afin d'en tirer des éléments de généralité. La catégorie de la promesse, par exemple, que le Conseiller juridique de l'ONU a abordée dans son intervention devant la Commission, pourrait être intéressante et le Rapporteur spécial devrait étudier de manière plus détaillée les effets juridiques, les possibilités d'exécution et les conséquences des exemples de promesse qu'il cite dans son rapport.

42. L'acte unilatéral n'est pas un mécanisme créateur de droit ou de normes. Dans la convention comme dans la coutume, il faut la participation de plusieurs États et une volonté commune. L'acte unilatéral peut tout au plus être à l'origine d'une pratique étatique qui elle-même finit par créer une norme.

43. Sur la question de la nullité des actes unilatéraux [projets d'articles 5 *a* à 5 *h*], le Rapporteur spécial, au paragraphe 99 de son rapport, établit une distinction entre nullité absolue et nullité relative, mais il donne à la fin du paragraphe un exemple de nullité relative qui semble être en contradiction avec le projet d'article 5 *h*. Cette distinction entre absolu et relatif n'est peut-être pas nécessaire dans le texte d'un projet d'article et le Comité de rédaction trouvera probablement une autre façon de l'exprimer. Toujours au paragraphe 99 du rapport, l'un des exemples de nullité absolue a trait à la contrainte exercée sur le représentant de l'État mais, s'il y a contrainte, il n'y a pas

volonté, donc pas d'acte juridique. Il s'agit donc d'un non-acte et non d'un acte frappé de nullité absolue. Il semble donc que les actes de nullité absolue correspondraient aux projets d'articles 5 e et 5 f et les cas de nullité relative aux projets d'articles 5 a – moyennant la prise en compte de la réaction de bonne foi des autres États –, 5 b, 5 c et 5 h. Sur le projet d'article 5 g, M. Tomka partage le point de vue de M. Simma. L'ensemble des projets d'articles 5 a à 5 h nécessite en tout état de cause d'être affiné.

44. M. Sreenivasa RAO dit que le processus de théorisation du sujet des actes unilatéraux de l'État ne semble pas avoir atteint le point critique nécessaire pour poursuivre son développement, en raison de la portée que le Rapporteur spécial lui-même confère au sujet. Certes, le Rapporteur spécial a abandonné la référence à la notion d'autonomie de l'acte unilatéral dans la définition de celui-ci mais il continue de le traiter comme un acte autonome et d'essayer d'en étudier la valeur en droit, ce qui est le nœud du problème. Les actes unilatéraux, et les différentes formes par lesquelles ils s'expriment, peuvent présenter un intérêt, voire avoir des effets, sur le plan juridique, mais ils ne sauraient en eux-mêmes avoir valeur d'obligations internationales. Ils ne peuvent être analysés que par rapport à l'action, à la réaction, à l'acceptation sous une forme ou une autre par d'autres États. Sans cette contrepartie, l'acte unilatéral reste en quelque sorte en suspens, et ce, d'autant plus que l'État qui est totalement libre de formuler l'acte est tout aussi libre d'y mettre fin. Étant donné que, malheureusement, la plupart des actes unilatéraux sont des déclarations de politique nationale, il y a lieu de se demander pourquoi tant de membres de la Commission s'inquiètent des difficultés d'accès aux travaux préparatoires pour l'interprétation de ces actes. Les travaux préparatoires ne sont pas ici ceux du droit des traités, ils sont constitués par le contexte dans lequel la déclaration est faite, la contrainte, l'occasion ou tout autre facteur qui amène le pays à agir ou à réagir d'une certaine manière. L'on sait d'expérience que l'État qui fait une telle déclaration considère en toute bonne logique qu'il contracte ainsi une obligation. Lorsque les États nucléaires déclarent qu'ils n'utiliseront pas l'arme nucléaire contre un État qui n'est pas doté de telles armes, il s'agit d'un engagement unilatéral, que certains États acceptent, dont d'autres États doutent et auxquels d'autres États encore ne croient pas, mais l'État auteur de la déclaration estime que celle-ci lui impose une obligation. Mais il s'agit d'une sorte de « courtoisie internationale », ce qui est tout à fait différent d'une obligation internationale. Il n'y a donc rien d'immoral à ce que l'Inde, après avoir tenu pendant près de 40 ans l'engagement qu'elle avait pris unilatéralement de ne pas se doter d'armes nucléaires, revienne sur cet engagement parce que les circonstances ont évolué et que les résultats escomptés de son engagement ne se sont pas concrétisés. Rares sont même les accords internationaux qui survivent plus de 40 ans. La manière dont il est mis fin à l'obligation unilatérale créée par l'acte unilatéral diffère également de la manière dont il est mis fin à un traité, en ce sens que, dans ce deuxième cas, il y a une procédure et une méthode convenues qui doivent être respectées alors que, dans le cas de l'acte unilatéral, seul l'estoppel, l'acquiescement, l'existence d'un traité, la coutume ou quelque autre obligation peut s'opposer à une résiliation tout aussi unilatérale.

45. Une question très importante a été soulevée par M. Sepúlveda à propos du Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes (Traité de Tlatelolco), celle de l'acte unilatéral dont plusieurs États sont conjointement l'auteur, mais dans ce cas il y a la forme du traité et la signature des parties. Il y a aussi le cas de figure où un État A fait une déclaration unilatérale de politique nationale, un État B réagit à cette déclaration par une autre déclaration unilatérale d'où il ressort une véritable concordance entre les deux et une certaine attente commune; il n'y a pas la forme d'un traité, et le petit nombre d'États concernés fait qu'on ne peut pas parler de coutume, mais les deux États sont tenus par un engagement réciproque. Un autre exemple est celui de l'Accord sur les arrangements provisoires relatifs aux nodules polymétalliques des grands fonds marins, par lequel les États-Unis et trois autres pays énonçaient, aux premiers stades de l'élaboration de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, un système différent de réglementation de l'exploitation minière des fonds marins. Tous ces exemples constitutifs de la pratique étatique devraient être étudiés attentivement pour essayer de déterminer les effets et la logique de ces actes qui se situent à la limite de l'obligation internationale sans être en eux-mêmes source de droit international. Le Comité de rédaction ne manquera certainement pas de tenir compte de toutes les observations formulées à propos de la question de la nullité des actes unilatéraux, étant entendu qu'il importe autant d'étudier la « résiliation » de l'acte unilatéral que sa formation.

La séance est levée à 13 h 5.

2726^e SÉANCE

Mardi 28 mai 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue.
