

Document:-  
**A/CN.4/SR.2727**

**Compte rendu analytique de la 2727e 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>)*

2727<sup>e</sup> SÉANCE

*Jeudi 30 mai 2002, à 10 heures*

*Président* : M. Robert ROSENSTOCK

*Présents* : M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candiotti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

### Organisation des travaux de la session (*suite*\*)

[Point 2 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT annonce qu'à l'issue de consultations officieuses il est proposé de confier à M. Chusei Yamada les fonctions de rapporteur spécial pour le sujet « Ressources naturelles partagées ».

*Il en est ainsi décidé.*

### Actes unilatéraux des États (*suite*) [A/CN.4/524, A/CN.4/525 et Add.1 et 2<sup>1</sup>, A/CN.4/521, sect. D]

[Point 5 de l'ordre du jour]

#### CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

2. Mme XUE fait remarquer que les actes unilatéraux des États représentent l'un des aspects les plus compliqués des relations juridiques internationales, ce qui explique qu'à l'issue d'un débat très stimulant, la CDI se trouve partagée sur le sujet. La Commission devrait peut-être prendre le temps de la réflexion pour déterminer dans quel sens il conviendrait de poursuivre l'étude du sujet de manière à exploiter au mieux le travail accompli par le Rapporteur spécial. La complexité du sujet tient d'abord à la richesse de la pratique étatique dans ce domaine. Les États recourent souvent à des déclarations ou d'autres instruments qui sont porteurs de promesse, de protestation, de reconnaissance ou de renonciation, et il arrive qu'un engagement pris unilatéralement devienne une obligation, souvent dans le cadre d'une procédure de règlement par tierce partie. Mais, à la différence des relations conventionnelles, l'acte unilatéral est plein d'incertitudes, quant à son intention, à l'étendue de ses effets dans le temps et dans l'espace et à ses relations avec les obligations conventionnelles existantes. Les preuves indirectes deviennent dès

lors importantes, sinon essentielles, pour déterminer si l'auteur de l'acte unilatéral est lié par son acte. Les États, tout comme les juridictions internationales, se montrent très prudents pour ce qui touche aux droits et obligations juridiques. C'est ce qui a amené le Rapporteur spécial à établir des clauses comparables à celles de la Convention de Vienne de 1969 en ce qui concerne la compétence, la nullité ou l'interprétation des actes unilatéraux. Mais ce parallélisme doit être abordé avec circonspection sur un certain nombre de points.

3. En premier lieu, s'agissant des traités, il existe, aux plans tant interne qu'international, des règles de procédure sûres et reconnues, qui légitiment la fonction des dispositions conventionnelles en tant que source du droit. En outre, l'intention juridique d'être tenu par les dispositions du traité est sans équivoque pour toutes les parties. Ces facteurs tant subjectifs qu'objectifs font souvent défaut dans le cas des actes unilatéraux et cette lacune ne saurait être comblée simplement par la doctrine ou les travaux de recherche, non pas en raison d'un « défaut de fabrication » de l'acte unilatéral mais, au contraire, parce que l'ambiguïté est souvent recherchée.

4. En deuxième lieu, la question de savoir si les actes unilatéraux sont une source de droit ou une source d'obligations relève d'une confusion entre l'élaboration de règles et la production d'effets juridiques. Si l'on examine des cas précis et concrets, on constate que, dans certaines circonstances, l'acte unilatéral peut créer une obligation pour l'État qui en est l'auteur, que cette obligation détermine souvent la conduite future de cet État et que d'autres États intègrent cette conduite à la leur. Mais, qu'il s'agisse de droits ou d'obligations, les effets juridiques de l'acte unilatéral ne sauraient être autonomes; ils doivent être régis par le droit international. Un État ne saurait avoir ou reconnaître une quelconque revendication territoriale sur l'Antarctique, ni revendiquer aujourd'hui une mer territoriale de plus de 12 milles marins. La Commission risque de s'égarer en mettant trop l'accent sur les critères de formulation des actes unilatéraux et en sortant ceux-ci du contexte du droit existant – les relations conventionnelles en particulier – pour en faire un pur processus de création d'effets juridiques prenant la forme de droits et d'obligations. Dans la pratique du droit international, on s'intéresse plus aux effets qu'un acte, la reconnaissance, par exemple, a sur les relations internationales qu'aux conditions et critères de la formation de cet acte. L'on est dès lors surpris de voir que le Rapporteur spécial, qui a adopté toute une série de clauses de la Convention de Vienne de 1969, ne reprend pas dans son projet d'article premier l'expression « régi par le droit international » qui figure à l'article 2 de ladite Convention.

5. En troisième lieu, introduire des règles dans la pratique des actes unilatéraux aurait certainement un effet stabilisateur sur les relations internationales mais le sujet, de par sa nature même, doit être traité avec précaution. Toutefois, avant de pouvoir établir un schéma général de comportement, il faut au préalable étudier de manière approfondie la pratique des États à cet égard. La proposition de M. Simma tendant à aider le Rapporteur spécial à effectuer ce travail de recherche détaillée est certainement une contribution utile. Tant que ce travail n'aura pas été accompli, il serait prématuré de choisir entre l'option de

\* Reprise des débats de la 2721<sup>e</sup> séance.

<sup>1</sup> Reproduit dans *Annuaire...* 2002, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

la généralité et celle de la spécificité dans l'étude des actes unilatéraux.

6. M. CANDIOTI espère que le Comité de rédaction examinera à la session en cours les projets d'articles 1 à 4 qui lui ont été renvoyés à la cinquante-deuxième session de la Commission<sup>2</sup>. Depuis, le Rapporteur spécial a présenté de nouveaux projets d'article et avancé quelques idées sur la manière dont les travaux futurs sur le sujet pourraient être structurés. Aux paragraphes 48 à 81 de son cinquième rapport (A/CN.4/525 et Add.1 et 2), le Rapporteur spécial revient, avec des considérations nouvelles, sur la question de la définition de l'acte unilatéral (projet d'article premier) et conclut en reproduisant la proposition précédente, ce qui appelle quatre remarques.

7. En premier lieu, il faudrait disposer d'une indication plus claire sur la nature strictement unilatérale de ce type d'acte, en ce sens que, comme l'a estimé la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*, l'acte unilatéral se passe de toute forme de manifestation de volonté de la part d'un sujet de droit international autre que son auteur. En deuxième lieu, l'expression « non équivoque », qui qualifie la manifestation de volonté, ne semble pas nécessaire, dans la mesure où elle relève de la problématique de l'interprétation plutôt que de celle de la définition. En troisième lieu, la mention de « relations avec un ou plusieurs États, ou une ou plusieurs organisations internationales » pourrait être remplacée par une formulation plus simple, d'autant plus que, comme des membres de la Commission l'ont déjà signalé, l'acte unilatéral peut être formulé dans l'intention de produire des effets juridiques *erga omnes* ou des effets juridiques pour des entités qui ne sont ni des États ni des organisations internationales. Ce qui importe, c'est que l'acte a des conséquences dans l'ordre juridique international. Enfin, la condition que les États ou organisations internationales doivent avoir connaissance de la manifestation de volonté semble redondante, en ce sens que, s'il y a manifestation, il y a extériorisation d'une volonté et, donc, possibilité qu'elle soit connue. Il est un autre élément qui devrait être inclus dans la définition de l'acte unilatéral et qui distingue celle-ci de la définition du traité dans la Convention de Vienne de 1969, à savoir la non-pertinence de la forme sous laquelle la volonté est manifestée, aspect que la CIJ a également relevé dans les affaires des *Essais nucléaires*. Il serait donc préférable d'opter pour une définition plus simple de l'acte unilatéral, qui serait : « Aux fins des présents articles, on entend par acte unilatéral de l'État une manifestation de volonté de l'État, quelle qu'en soit la forme, formulée dans l'intention de produire des effets juridiques au plan international et ne nécessitant aucune manifestation de volonté de la part d'un autre sujet de droit international ».

8. S'agissant des causes de nullité de l'acte unilatéral, le Rapporteur spécial reformule la règle de l'ancien article 5 en citant huit causes d'invalidité faisant l'objet des projets d'articles 5 a à 5 h. Cette reformulation intègre la notion d'acte unilatéral collectif ou conjoint, cas de figure qui doit être prévu mais qu'il vaudrait mieux traiter dans une clause distincte ou dans le commentaire, afin de simplifier le texte et d'éviter la confusion avec l'acte plurilatéral. S'agissant du contenu et de la formulation

des huit causes d'invalidité, une analyse aussi détaillée n'est peut-être pas nécessaire au stade actuel des travaux, alors qu'on n'a pas suffisamment étudié la pratique et la jurisprudence en matière de nullité des actes unilatéraux; mieux vaudrait énoncer une règle générale sur les conditions de validité de ces actes, à savoir leur contenu matériellement possible, leur licéité en droit international, la capacité de l'organe d'État d'être l'auteur d'actes unilatéraux, l'absence de vice dans la manifestation de volonté, la notoriété de la manifestation de volonté et l'intention de produire des effets juridiques au plan international. Faute d'une telle clause générale, l'on pourrait regrouper les différentes causes de nullité sous deux rubriques, celle de l'illicéité de l'acte et celle du vice dans la manifestation de volonté. Le groupe de travail qui a examiné cette question à la session précédente devrait se réunir de nouveau pour examiner dans le détail les projets d'articles 5 a à 5 h, en tenant compte des observations et suggestions faites au cours du débat.

9. Le Rapporteur spécial présente en outre, dans son cinquième rapport, une nouvelle formulation pour les projets d'article présentés dans son quatrième rapport<sup>3</sup> et ayant trait à l'interprétation des actes unilatéraux. Cette nouvelle formulation demeure très alignée sur celle de la Convention de Vienne de 1969 et semble partir du principe que l'acte unilatéral est toujours une déclaration ou un document écrit, alors qu'il faudrait établir des règles plus générales et souples que celles qui régissent l'interprétation des traités. La manifestation de volonté ne passe pas nécessairement par l'écrit et ne se réduit pas nécessairement à un acte ou une déclaration unique. Le Rapporteur spécial rappelle, au paragraphe 127 du cinquième rapport, les critères de base retenus par la CIJ dans l'affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, à savoir essayer de déterminer si l'État, par son acte unilatéral, avait l'intention de produire des effets juridiques au plan international en déduisant cette intention d'une interprétation naturelle et raisonnable des termes de la manifestation de volonté, compte dûment tenu du contexte et des circonstances qui prévalaient au moment de la manifestation de volonté – y compris l'état de confiance ou l'attente légitime que l'acte unilatéral a pu créer chez d'autres acteurs – et des buts recherchés. Les deux projets d'article sur l'interprétation devraient donc être renvoyés au Comité de rédaction, à charge pour ce dernier de regrouper tous ces éléments dans une règle générale suffisamment large sur l'interprétation des actes unilatéraux, en reléguant au commentaire les détails tels que le recours aux préambules, aux travaux préparatoires, etc., étant entendu qu'il se pourrait que, par la suite, il faille établir des règles d'interprétation spécifiques à certaines catégories précises d'actes.

10. Aux paragraphes 136 à 147 du cinquième rapport, le Rapporteur spécial s'étend longuement sur la classification des actes unilatéraux selon leurs effets juridiques, tâche qu'il juge non seulement possible mais également nécessaire. Cette classification est peut-être prématurée tant que la Commission n'aura pas bien avancé dans la collecte de l'information sur la pratique des États et son analyse. On peut retrouver à cet égard des points communs dans la doctrine, qui sont repris par les gouvernements dans leurs

<sup>2</sup> Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 517 à 525, p. 93 et 94.

<sup>3</sup> Voir 2723<sup>e</sup> séance, note 2.

réponses au questionnaire ou leurs interventions devant la Sixième Commission, à propos des quatre catégories traditionnelles d'actes unilatéraux évoquées par le Rapporteur spécial (promesse, reconnaissance, protestation et renonciation). Celui-ci fait d'ailleurs lui-même remarquer que certains actes unilatéraux combinent les caractéristiques de plusieurs de ces catégories.

11. Au chapitre II de son cinquième rapport, le Rapporteur spécial appelle l'attention de la Commission sur un certain nombre de questions, notamment celle du moment où l'acte unilatéral produit des effets juridiques, et propose des projets d'article correspondants. Le projet d'article 7, dérivé de l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969, énonce le caractère obligatoire de l'acte unilatéral. Cette disposition vaut certes pour les actes formulés avec l'intention de créer une obligation pour leur auteur, la promesse par exemple, mais ne peut servir de règle générale, dans la mesure où il n'est pas certain qu'on puisse dire que la protestation, par exemple, oblige l'État qui la formule. En l'état actuel de l'étude du sujet, une disposition *acta sunt servanda* ne peut guère aller plus loin que l'énoncé du devoir qui incombe à l'État auteur d'un acte unilatéral d'adopter un comportement cohérent au regard de cet acte, en tenant compte du principe de la bonne foi et de la nécessité de respecter l'état de confiance et les attentes légitimes créées par l'acte, compte tenu également de la diversité des actes unilatéraux. Ce n'est qu'ensuite, en passant aux catégories particulières d'actes unilatéraux que l'on peut énoncer plus spécifiquement les conséquences juridiques de chaque acte. L'on étudierait, par exemple, le caractère obligatoire dans le cas de la promesse, l'opposabilité dans le cas de la reconnaissance, la non-opposabilité dans le cas de la protestation et la question de l'irrévocabilité dans le cas de la renonciation.

12. Au chapitre IV de son cinquième rapport, le Rapporteur spécial se penche sur la structure du projet et les travaux futurs sur le sujet, en distinguant notamment une première partie consacrée aux règles communes à tous les actes unilatéraux et une seconde aux règles applicables à une certaine catégorie d'actes seulement. Cette proposition est acceptable en tant que base de départ et devrait être renvoyée au Groupe de travail afin qu'il lui apporte les améliorations et reformulations nécessaires. À titre d'exemple, la deuxième partie du projet, celle des règles spécifiques, ne devrait pas se limiter aux règles applicables à la promesse ou aux actes unilatéraux par lesquels l'État assume des obligations. Elle devrait comporter aussi des règles particulières renvoyant à d'autres catégories : nécessité du caractère explicite de la renonciation, nécessité du maintien de la protestation et possibilité de la retirer, forme et conséquences de la reconnaissance et modalités et limites de sa révocation, etc. Par ailleurs, certaines des questions introduites à titre préliminaire au chapitre IV relèvent aussi bien des règles particulières à telle ou telle catégorie d'actes que de certaines règles générales. Il appartiendra au Groupe de travail d'étudier dans le détail toutes ces questions.

13. Il est en outre à espérer que de nombreux autres États suivront l'exemple de ceux qui ont déjà fourni des renseignements sur leur pratique en matière d'actes unilatéraux. La suggestion de M. Pellet de demander au secrétariat d'établir un inventaire le plus large possible de la pratique des États, en particulier de la pratique récente et

contemporaine, est très opportune et pourrait être complétée par la proposition de M. Simma d'explorer la possibilité qu'une institution appuie un travail de recherche sur le sujet. En conséquence, le Rapporteur spécial devrait, avec le concours d'un groupe de travail officieux, établir un plan de travail précisant le but de la recherche, en se concentrant sur l'analyse de la pratique à partir d'exemples concrets des quatre catégories traditionnelles d'actes unilatéraux. Lorsqu'elle disposera de toute cette information, la Commission sera en mesure de décider de la suite des travaux en vue de donner leur forme définitive à des projets de règles générales et particulières. M. Candioti propose donc que la Commission se prononce en faveur des propositions de MM. Pellet et Simma.

14. M. SIMMA dit que le très faible nombre d'États qui ont répondu au questionnaire sur leur pratique en matière d'actes unilatéraux s'explique peut-être par l'omniprésence de ces actes dans cette pratique. S'agissant de sa proposition, elle consiste à rechercher le soutien financier d'une institution en Allemagne, ce qui nécessite que la demande soit présentée par un universitaire allemand. Il est donc disposé à entreprendre cette démarche, conjointement avec le Rapporteur spécial. Cette proposition et celle relative à l'intervention du secrétariat ne s'excluent pas l'une l'autre. Il faut simplement trouver la bonne articulation entre les deux.

15. M. DAOUDI, ayant souligné la richesse du contenu du cinquième rapport, se demande cependant si les règles qui y sont formulées s'appliquent bien à l'ensemble des actes unilatéraux, qui constituent une catégorie hétérogène avec des régimes juridiques, des effets et des modes de formation différents. Avant de définir les actes unilatéraux, il serait important d'approfondir, dans une approche verticale, chacun des actes considérés, ce qui laissera la possibilité ultérieurement d'examiner, dans une démarche horizontale, si ces actes présentent des traits communs, à partir desquels on pourrait dégager des règles générales, puis des règles spéciales pour certains types d'actes. Il n'est donc pas opportun d'adopter dès à présent une définition, laquelle devrait être l'aboutissement de l'étude. L'étude verticale en question devrait se faire à la lumière de la pratique des États car, si la doctrine et la jurisprudence sont des sources subsidiaires du droit international, elles ne suffisent pas en l'occurrence. L'examen ne doit pas d'ailleurs se limiter à la pratique du très petit nombre d'États ayant répondu au questionnaire. Une étude de la pratique des actes unilatéraux en droit international, entreprise par le secrétariat avec éventuellement le concours d'un institut de recherche, comme l'a proposé M. Simma, serait donc souhaitable.

16. Les actes unilatéraux constituent en effet une réalité du droit international. On peut certes fonder leur valeur juridique sur le principe *pacta sunt servanda*, si l'on se place sur le plan théorique, mais, dans la pratique, le caractère obligatoire des actes unilatéraux se fonde sur le principe de la bonne foi et le souci de la sécurité des relations juridiques internationales. Les actes unilatéraux ne sont pas sources de droit mais, dans certaines conditions, ils obligent les États qui les ont émis.

17. S'agissant des conditions de validité, il est judicieux, comme le propose le Rapporteur spécial, de reprendre *mutatis mutandis* les critères de l'article 7 de la

Convention de Vienne de 1969, sur la question de savoir qui peut engager l'État. Il conviendrait toutefois de vérifier dans la pratique des États si d'autres organes peuvent engager l'État dans des domaines spécifiques. Par contre, les références aux dispositions des articles 7 et 8 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session<sup>4</sup>, ou à l'article 4, comme l'a proposé un membre, n'ont pas lieu d'être, car il s'agit ici, non de responsabilité, mais d'une manifestation de volonté qui engage l'État et ne saurait être le fait d'un simple agent de l'État.

18. S'agissant de la licéité de l'objet de l'acte unilatéral, il faut penser non seulement au cas, évoqué par le Rapporteur spécial, de l'acte unilatéral contraire au *ius cogens* mais aussi à celui de l'acte unilatéral contraire au droit coutumier, illustré par l'exemple d'une déclaration faite en 1980 par le Gouvernement syrien aux termes de laquelle la limite des eaux territoriales de la Syrie était fixée à une distance de 35 kilomètres de la côte. Cette décision ayant soulevé de fortes protestations, notamment des États-Unis d'Amérique qui ont déclaré qu'ils ne reconnaissent que la zone traditionnelle des trois milles marins, la Syrie est revenue sur sa décision pour se conformer à la règle reconnue par le droit de la mer. Dans ce cas, un acte unilatéral contraire aux règles coutumières a donné lieu à des protestations, c'est-à-dire des actes unilatéraux contestant la validité de cet acte. Toutefois, il n'est pas exclu, en cas de silence des autres États, qu'un acte unilatéral marque le début d'un changement de la coutume internationale et d'une pratique nouvelle qui sera entérinée par l'accumulation de précédents.

19. S'agissant de la distinction faite entre nullité absolue et nullité relative, M. Daoudi fait observer que seul l'État auteur peut contester la compétence des personnes à l'origine de l'acte unilatéral; il n'est pas certain que les autres États puissent invoquer cet argument.

20. S'agissant des actes unilatéraux contraires à une décision du Conseil de sécurité, il convient d'établir une distinction. Il est douteux qu'on puisse invoquer la nullité parce que l'acte contrevient aux recommandations faites par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VI de la Charte des Nations Unies, dont on peut observer dans la pratique qu'elles ne sont pas exécutées par les États. Par contre, un acte unilatéral contraire à une décision prise par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte serait nul. Quant à l'Article 103 de la Charte, il ne pose pas le problème de la nullité de l'acte, mais indique la primauté des principes de la Charte des Nations Unies par rapport à des actes unilatéraux qui seraient en contradiction avec ceux-ci.

21. Revenant à la question de l'interprétation, M. Daoudi fait observer que les actes unilatéraux sont souvent préparés en peu de temps au sein du ministère des affaires étrangères et que généralement ils ne donnent pas lieu à des travaux préparatoires.

22. M. GAJA, revenant sur le point, soulevé par M. Daoudi, de savoir qui peut invoquer la nullité d'un acte unilatéral, fait observer que, dans l'exemple qu'il a

cité de la déclaration du Gouvernement syrien relative à l'extension des eaux territoriales, ce sont précisément des États autres que l'État auteur de l'acte qui ont contesté la validité de l'acte, en raison de ses effets négatifs sur les autres États.

23. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en tant que membre de la Commission, demande à M. Gaja si cette possibilité d'invoquer la nullité se limite, selon lui, aux États subissant les effets de l'acte, et si l'on peut considérer qu'il existe des actes ayant des effets sur certains États et d'autres ayant des effets sur tous, et que ce fait détermine la faculté qu'ont les États de réagir à un acte unilatéral.

24. M. GAJA répond qu'en ce qui concerne le droit de la mer l'ensemble des États sont affectés; dans d'autres situations, certains États seulement subissent les effets de l'acte; il peut s'agir par exemple des États liés par un traité déterminé.

25. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial), résumant le débat sur le sujet des actes unilatéraux des États, dit que les observations, quelquefois critiques mais très constructives, formulées sur son rapport ont porté sur le sujet en général et la faisabilité de son étude, certains membres s'interrogeant sur l'existence même des actes unilatéraux en droit international, et sur l'importance et la possibilité d'élaborer des règles régissant leur fonctionnement. Des questions précises ont également été soulevées à propos des textes soumis à l'examen de la Commission.

26. En ce qui concerne les observations générales, un membre de la Commission s'est dit préoccupé du peu d'avancement de l'étude puisque, après cinq années de travail, certaines questions fondamentales n'étaient toujours pas résolues. Le Rapporteur spécial fait remarquer qu'il n'est pas possible d'aller de l'avant tant que la Commission n'est pas parvenue à un accord minimal sur le traitement du sujet. L'approche théorique est indispensable, mais la pratique l'est tout autant. La Commission doit l'examiner en profondeur et tenir compte des opinions des gouvernements, qui se dégagent non seulement des réponses au questionnaire, mais aussi de leurs déclarations devant la Sixième Commission. Le Rapporteur spécial approuve par conséquent la proposition de M. Simma tendant à créer un mécanisme qui serait chargé de faire une étude de la pratique des États avec l'assistance d'une institution privée extérieure. Les membres de la Commission pourraient aussi transmettre au Rapporteur spécial, comme celui-ci le leur avait demandé les années précédentes, des informations sur la pratique de leur pays, sans s'attacher aux cas les plus récents qui peuvent être sujets à controverse.

27. Différentes tendances se sont dégagées au cours du débat. Pour certains membres, il est impossible de codifier les actes unilatéraux, au motif notamment que ceux-ci n'existent pas comme tels en droit international, et ne produisent donc pas d'effets juridiques. Autrement dit, ils ne constituent pas des sources de droit international ou d'obligations internationales. Pour d'autres, c'est un sujet très difficile, et il faudrait revoir la façon de procéder pour pouvoir avancer. D'autres encore ont estimé que la matière était codifiable et que l'établissement de règles était nécessaire pour garantir les relations juridiques entre

<sup>4</sup> Voir 2712<sup>e</sup> séance, note 13.

États, tout en exprimant des doutes. Un membre a ainsi suggéré de s'assurer tout d'abord que l'institution des actes unilatéraux existe et, dans l'affirmative, de déterminer quel régime leur est applicable. Pour la grande majorité des membres, et de l'avis du Rapporteur spécial, les actes unilatéraux existent. On constate, en suivant l'actualité, qu'ils sont même très fréquents, ce qui est un premier élément à prendre en compte, mais qu'ils ne représentent pas toujours un engagement juridique. Il faut ensuite déterminer si ces actes sont de nature politique ou juridique et, dans ce dernier cas, à quelle catégorie d'actes juridiques ils appartiennent. L'étude de la Commission vise les actes qui, avant tout, sont unilatéraux du point de vue formel, mais qui en même temps produisent des effets par eux-mêmes. On a dit que l'intention de l'État est un élément fondamental pour déterminer la nature de l'acte. La manifestation de la volonté unilatérale de l'État serait-elle alors suffisante pour que l'acte produise des effets juridiques ? La question est de savoir si ces actes sont véritablement unilatéraux, c'est-à-dire ne ressortissent pas à la sphère conventionnelle et donc peuvent faire l'objet de règles spécifiques, et surtout s'ils peuvent être considérés comme des actes juridiques au sens strict du terme, à savoir produire des effets juridiques. Pour la majorité, l'acte unilatéral peut lier l'État qui en est l'auteur, sous réserve de certaines conditions de validité. La jurisprudence en la matière n'est pas centrée sur l'arrêt rendu en 1974 par la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*, même si c'est une référence importante pour l'étude de l'un des actes unilatéraux les mieux définis dans la doctrine, à savoir la promesse. D'autres décisions importantes ont été rendues dans différentes affaires, notamment l'affaire du *Temple de Préah Vihear* ou l'affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*. Dans toutes ces décisions, la CIJ a considéré que les actes unilatéraux visés avaient un caractère *sui generis* du fait de leur mode de formation, différent de celui d'un acte conventionnel.

28. Au chapitre II du cinquième rapport, l'attention est appelée sur la nécessité d'élaborer une norme sur le caractère obligatoire des actes unilatéraux qu'on pourrait définir par référence au principe *pacta sunt servanda* énoncé dans la Convention de Vienne de 1969. Cette reconnaissance constituerait une avancée dans la codification des règles applicables aux actes unilatéraux. Il serait envisageable d'élaborer une disposition définissant un principe *acta sunt servanda*, mais cette question nécessiterait une étude plus approfondie par le groupe de travail qui se réunira la semaine suivante.

29. Certains membres ont jugé que les actes unilatéraux ne constituent pas une institution à part entière, mais qu'il s'agit plutôt d'actes qui ne relèvent pas des institutions existantes. Pour d'autres, ces actes ne créent pas d'obligation pour l'État, ils ne créent que des attentes et, à ce titre, il n'y a pas lieu d'élaborer des règles d'application générale. Pour d'autres encore, les relations juridiques ne se limitent pas à celles qui ressortissent au traité ou à la règle coutumière, et l'État peut s'engager par d'autres moyens comme l'acte unilatéral. Certains membres considèrent qu'il s'agit d'une institution bien établie en droit international, opinion que partage le Rapporteur spécial. L'acte unilatéral n'est pas source de droit au sens de l'Article 38 du Statut de la CIJ, qui est la principale référence en matière de mode de formation des règles de droit internatio-

nal. Néanmoins, les actes unilatéraux peuvent être source d'obligations. Un membre s'est interrogé sur la nécessité de la réciprocité. Or, d'après la doctrine et la jurisprudence, la principale caractéristique des actes unilatéraux est que, pour être valables, ils ne requièrent ni acceptation ni aucune autre réaction de l'autre partie pour produire des effets juridiques. En outre, la réciprocité est à distinguer de l'intérêt de l'État auteur. Il est à noter d'ailleurs que la réciprocité n'est pas toujours présente même dans le domaine conventionnel, puisqu'il peut y avoir, dans le cadre d'un traité, engagement sans réciprocité.

30. Quelques membres ont jugé préférable de limiter l'étude aux deux actes unilatéraux que sont la promesse et la reconnaissance, l'élaboration de règles générales étant impossible en raison de la trop grande diversité des sujets. Le Rapporteur spécial estime, quant à lui, qu'il est possible d'élaborer des règles communes, quant au mode de formation et quant à l'interprétation des actes. L'acte unilatéral est une manifestation unilatérale de volonté, qui est la même dans tous les cas, quels que soient son contenu ou ses effets juridiques. Si l'on reprend les quatre types reconnus d'actes unilatéraux que sont la reconnaissance, la renonciation, la promesse et la protestation, c'est l'intention de l'État qui donne un effet juridique à chacun de ces actes. Certains membres ont considéré que c'étaient les effets produits plutôt que l'intention qui étaient importants. Or, pour déterminer les effets juridiques d'un acte, il faut d'abord déterminer sa nature et, pour ce faire, déterminer l'intention de l'auteur de l'acte, ce qui amène à procéder à une interprétation. Le Rapporteur spécial croit par conséquent qu'il est possible d'élaborer une définition commune et des règles communes applicables à tous les actes, et cette tâche incombera au Groupe de travail.

31. Le sujet est assurément complexe mais les travaux peuvent se poursuivre si l'on parvient à un consensus sur certains points. Il semble que la majorité des membres soient de cet avis. Certains ont proposé une pause qui permettrait d'avancer dans l'étude de la pratique des États mais le Rapporteur spécial n'y est pas favorable car, à son avis, on peut en même temps continuer ce qui a été commencé et examiner plus avant la pratique.

32. Il est opposé aussi bien à une pause dans les travaux qu'à l'abandon total du sujet, comme l'a proposé un membre de la Commission, estimant qu'une telle décision serait en contradiction avec le message adressé précédemment par la Commission à la communauté internationale, à savoir que la sécurité des relations juridiques internationales est un point important et que la codification du fonctionnement des actes unilatéraux pourrait contribuer à augmenter la confiance dans ces relations. Le Rapporteur spécial propose en conséquence que, dans un premier temps, le Groupe de travail s'efforce d'élaborer des règles communes à tous les actes, puis, dans un deuxième temps, axe ses travaux sur l'examen de règles spécifiques pour une catégorie particulière d'acte unilatéral, comme la promesse ou la reconnaissance.

33. Passant aux observations formulées à propos des divers points abordés dans le cinquième rapport, le Rapporteur spécial croit comprendre que les membres de la Commission s'accordent en général à penser que la définition de l'acte unilatéral donnée dans le projet d'article premier peut s'appliquer à tous les actes visés. Certes, d'aucuns

ont émis des doutes quant à l'opportunité de qualifier la manifestation de volonté de non équivoque, évoqué le caractère probablement ambigu de certains de ces actes ou encore la nécessité ou non de renvoyer à la notoriété de l'acte – toutes questions qui pourront être résolues par le Comité de rédaction. Dans ce même ordre d'idées, on a fait observer qu'il faudrait envisager la possibilité d'élargir la catégorie des destinataires de l'acte unilatéral, au-delà des États et des organisations internationales, à d'autres entités comme les mouvements de libération. Ce point pourrait être précisé dans le commentaire, à défaut de l'être dans le corps de l'article lui-même, mais, là aussi, il appartiendra au Comité de rédaction de trancher.

34. En ce qui concerne la formulation de l'acte unilatéral, et en particulier les personnes habilitées à agir au nom de l'État et à l'engager au plan international, deux courants se dégagent, l'un qui souhaite limiter la capacité de formuler un acte unilatéral à des personnes bien déterminées, notamment celles mentionnées à l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969, et un autre, plus vaste, qui considère que cette capacité doit s'étendre à d'autres personnes, voire à toute personne autorisée par l'État à formuler des actes unilatéraux susceptibles d'affecter d'autres États. Sur ce point, certains membres de la Commission se sont référés au paragraphe 93 du rapport, où il est fait état des articles 7 à 9 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session. Le Rapporteur spécial précise avoir voulu dire dans ce paragraphe que l'élargissement prévu dans ledit projet, peut-être plutôt à l'article 3, n'est pas valable ni applicable dans le cas des actes unilatéraux : en effet, l'évolution du droit international dans les deux matières est différente, tout comme les considérations à prendre en compte.

35. Pour ce qui est des conditions de validité et des causes de nullité de l'acte unilatéral, certains membres ont indiqué que mieux valait ne pas établir de distinction entre nullité absolue et nullité relative, tandis que d'autres ont estimé que cette distinction pourrait présenter un intérêt certain. De l'avis du Rapporteur spécial, la notion de nullité absolue ou de nullité relative joue un rôle important lorsqu'il s'agit de déterminer qui peut invoquer la nullité d'un acte. Comme indiqué dans le rapport, lorsque l'acte en cause est un acte susceptible d'être frappé de nullité absolue, par exemple un acte qui contrevient à une norme impérative du droit international ou un acte formulé sous la contrainte, n'importe quel État peut invoquer sa nullité. Il en va de l'intérêt général alors que, dans les autres cas, la question se pose différemment. La capacité à invoquer l'erreur comme cause de nullité appartient à l'État intéressé : là, la nullité est relative. L'acte peut être confirmé par l'État auteur, soit expressément soit par un comportement ultérieur, comme le régime de Vienne sur le droit des traités le consacre sans ambiguïté. À ce propos, une autre question se pose. Dans le cas de la protestation, c'est l'État destinataire qui pourra invoquer la nullité de l'acte à raison d'une erreur ou pour toute autre cause de nullité relative. Dans le cas de la promesse, c'est l'État auteur qui pourra l'invoquer. La situation varie selon l'acte, ce qui ne signifie pas que l'on ne puisse pas élaborer une règle applicable à tous les actes unilatéraux. La possibilité sera laissée à l'État – l'État auteur ou l'État destinataire de

l'acte –, en d'autres termes aux États qui établissent une relation contractuelle, d'invoquer la nullité de l'acte.

36. Il n'est pas inutile de rappeler une fois de plus que l'acte unilatéral produit forcément des effets juridiques bilatéraux, mais cela ne signifie pas pour autant qu'il revêt un caractère conventionnel et qu'à ce titre il est assujéti au régime de Vienne.

37. Pour ce qui est des articles 5 a à 5 h concernant les causes de nullité de l'acte unilatéral, certains membres ont fait observer, fort judicieusement, que la mention du « consentement » renvoie au droit des traités et qu'elle n'aurait donc pas sa place dans le contexte des actes unilatéraux. Pour ce qui est de la non-conformité de l'acte unilatéral avec une norme impérative du droit international (*jus cogens*), le Rapporteur spécial adhère à la suggestion tendant à prendre aussi en considération l'article 64 de la Convention de Vienne de 1969, qui concerne la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*). Quant à la nullité d'un acte unilatéral pour non-conformité avec une décision du Conseil de sécurité, certains membres de la Commission ont indiqué qu'il faudrait préciser la catégorie des décisions visées, uniquement celles prises en vertu ou dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, lesquelles sont contraignantes, ou aussi celles prises dans le cadre du Chapitre VI de la Charte. Peut-être seules pourraient être visées les premières, arrêtées en vertu des Articles 41 et 42 de la Charte. Certains membres de la Commission ont évoqué la nullité d'un acte unilatéral pour non-conformité à une obligation antérieure assumée par l'État par la voie conventionnelle ou unilatéralement. Pour le Rapporteur spécial, il s'agirait non pas d'un cas de nullité de l'acte ni de vice de validité, mais d'un cas de conflit de règles, lequel est dûment régi par le régime de Vienne dans des dispositions différentes de celles relatives à la nullité des traités.

38. Situait le sujet des actes unilatéraux par rapport à d'autres sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission, en particulier celui de la responsabilité des États, le Rapporteur spécial rappelle que, dans ce dernier cas, le fait, action ou omission, par lequel un État engage sa responsabilité internationale est normalement, sinon toujours, un acte unilatéral. Il s'agit d'un acte illicite, qui crée une situation distincte et auquel la notion de nullité ne saurait s'appliquer. Un acte contraire au droit international, un acte unilatéral qui constitue une violation d'un engagement international, est un acte illicite, et l'acte illicite est nul, il ne produit pas d'effet juridique. C'est bien la responsabilité internationale qui joue.

39. Le Rapporteur spécial, notant que l'emploi du mot « invoquer » dans le texte des articles a été jugé inutile, relève que ce terme figure dans les dispositions correspondantes des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Il s'agit dans le texte à l'étude de la possibilité qu'un État d'invoquer une cause de nullité. L'invocation de la nullité est quelque chose de différent. En tout état de cause, la nullité ne peut être constatée que par une instance judiciaire.

40. À propos de l'interprétation de l'acte unilatéral, qui fait l'objet de deux projets d'article, les projets a) et b), des observations importantes ont été formulées. Pour

certaines membres de la Commission, il est prématuré de traiter de cette question, mais le Rapporteur spécial se demande s'il n'y a pas lieu justement de se pencher dès à présent sur les règles d'interprétation, lesquelles sont essentielles. Seule l'interprétation permettra de déterminer si l'acte est unilatéral, s'il est juridique, s'il produit des effets juridiques et à ce titre lie l'État auteur et s'il ne relève pas d'autres régimes comme le droit des traités. En outre, comme d'aucuns l'ont souligné aussi bien à la Commission qu'à la Sixième Commission, des règles d'interprétation communes peuvent s'appliquer aux différents actes unilatéraux entrant dans le cadre du sujet. À propos des règles d'interprétation précisément, des observations ont été faites sur la mention de l'intention de l'État auteur de l'acte. Le Rapporteur spécial répète que l'interprétation doit être faite de bonne foi et conformément aux termes de la déclaration dans leur contexte, à savoir le texte lui-même, le préambule et les annexes qui pourraient y être jointes. La détermination de l'intention de l'État auteur est indispensable : elle peut être déduite non seulement des termes de la déclaration, orale ou écrite, dans le contexte donné et conformément à des circonstances déterminées, mais aussi, lorsqu'il n'est pas possible de déterminer le sens selon la règle générale d'interprétation, de moyens complémentaires, comme les travaux préparatoires. Toutefois, des doutes ayant été émis sur le recours aux travaux préparatoires, le Rapporteur spécial, à l'article b), a placé cette expression entre crochets. Il persiste à croire cependant que, malgré les difficultés qui pourraient surgir, il est possible de faire appel aux travaux préparatoires que serait la correspondance interne des ministères des relations extérieures ou des organes de l'État qui ont participé à la formulation de l'acte. En tout cas, rien n'empêche de citer le recours à ces moyens d'interprétation complémentaires, quitte à l'assortir d'une expression du genre « lorsque cela est possible » ou « le cas échéant » ou de toute autre formule faisant état de la possibilité de recourir aux travaux préparatoires tout en reconnaissant que cela n'est ni facile ni fréquent.

41. Certains membres de la Commission ont souligné la nécessité de se référer expressément dans le texte au caractère restrictif de l'interprétation. Cette précision intéressante pourrait apaiser la crainte que certains nourrissent à l'idée que n'importe quel acte puisse engager l'État, ou plutôt que l'État puisse se trouver engagé par n'importe quel acte formulé ou réalisé par un de ses représentants. La jurisprudence en matière d'interprétation est claire, notamment dans les affaires de différends territoriaux : l'acte en l'occurrence ne revêt pas de caractère juridique et il a à ce titre un caractère distinct, peut-être politique, mais qui n'engage pas l'État qui le formule.

42. Sans doute les projets d'article sur les causes de nullité et l'interprétation devraient-ils être soumis au Groupe de travail, afin que celui-ci premièrement détermine s'il est possible d'élaborer des dispositions communes à tous les actes et deuxièmement aborde les questions soulevées au fond et indique s'il faut ajouter ou supprimer des règles.

43. Lors des débats, mention a été faite de certains des actes unilatéraux dits classiques en droit international (renonciation, promesse, protestation, reconnaissance) bien que cette qualification ne soit pas acceptée par tous. En ce qui concerne la reconnaissance, la question a été soulevée

de la révocabilité de l'acte par lequel un État reconnaît une situation, un droit ou une prétention juridique – et, concrètement, la révocabilité de l'acte de reconnaissance d'un État, question qui, bien que n'ayant pas été examinée jusqu'ici au motif qu'elle ne semble pas se prêter à l'élaboration de règles communes, n'en mérite pas moins d'être examinée. L'acte de reconnaissance, la déclaration de reconnaissance, produit bien entendu des effets juridiques. Dans le cas de la reconnaissance d'un État en particulier, plusieurs considérations entrent en jeu. Premièrement, l'existence de l'État en tant que sujet du droit international dépend non pas de sa reconnaissance, mais de la présence ou de la concomitance des éléments qui, au regard du droit international, définissent une entité en tant qu'État, comme les devoirs et les droits. Deuxièmement, l'acte de reconnaissance étant un acte déclaratoire, il est possible d'en conclure qu'il produit des effets juridiques déterminés : un État qui reconnaît une entité lui confère le statut d'État dans ses relations internationales.

44. Un membre de la Commission a indiqué qu'un État peut révoquer aussi unilatéralement un acte unilatéral par lui formulé. Il s'agit là d'un point délicat, qui touche aux effets juridiques des actes unilatéraux. L'État qui formule l'acte unilatéralement peut-il le révoquer aussi unilatéralement ? Il semblerait que non : l'acte est unilatéral, mais la relation juridique établie, à l'évidence, ne l'est pas et devient bilatérale. Pour le Rapporteur spécial, l'État qui formule l'acte de reconnaissance ne pourrait pas le révoquer.

45. Le Rapporteur spécial s'excuse de n'avoir peut-être pas répondu à toutes les questions soulevées, mais il donne à la Commission l'assurance que le Groupe de travail approfondira l'analyse sous tous ses aspects.

46. Le PRÉSIDENT annonce que les consultations informelles sur le sujet se poursuivront au sein du Groupe de travail, compte tenu de la proposition faite par M. Simma et des observations formulées par M. Candioti.

#### **Protection diplomatique<sup>5</sup> (suite) [A/CN.4/514<sup>6</sup>, A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1<sup>7</sup>], A/CN.4/L.613 et Rev.1]**

[Point 4 de l'ordre du jour]

#### DEUXIÈME ET TROISIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite\*)

47. M. COMISSÁRIO AFONSO, se référant à la clause Calvo, note qu'elle repose sur deux prémisses : un État indépendant souverain est en droit, en vertu du principe de l'égalité entre les États, de prétendre à ne pas faire l'objet d'ingérence, diplomatique ou par la force, dans ses affaires; les étrangers sont fondés à jouir de droits et privilèges égaux mais non supérieurs à ceux reconnus aux nationaux et, par conséquent, les tribunaux de l'État hôte

\* Reprise des débats de la 2725<sup>e</sup> séance.

<sup>5</sup> 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<sup>e</sup> séance, par. 1, p. 38 et 39.

<sup>6</sup> Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

<sup>7</sup> Voir *supra* note 1.



exercer une juridiction exclusive sur leurs réclamations. En d'autres termes, dans le contexte de la clause Calvo, le traitement national équivaut à la « norme minimale internationale » : plus précisément, le droit international en l'occurrence impose aux États l'obligation de réserver aux étrangers le traitement national, la législation nationale régit les droits et privilèges des étrangers, et nulle instance internationale n'a à intervenir.

48. Les deux principes susmentionnés sont désormais largement acceptés en droit international et dans la pratique et sont consacrés dans nombre de résolutions et instruments adoptés par l'Organisation des Nations Unies comme la Charte des droits et devoirs économiques des États<sup>8</sup>.

49. Tout en adhérant à cette position, M. Comissário Afonso ne peut s'empêcher de noter que le contexte international diffère de celui dans lequel la clause Calvo a été élaborée, environ un siècle auparavant, et ce, à deux égards au moins. Premièrement, dans le monde contemporain, le comportement des États est profondément influencé, sinon conditionné, par des normes communes imposées par le droit international des droits de l'homme. Certes, il est loisible de s'interroger sur la manière dont ces droits influent sur l'institution de la protection diplomatique en général et sur la règle de l'épuisement des recours internes en particulier, mais le fait est que l'existence de la Déclaration universelle des droits de l'homme et d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme estompe la distinction entre étrangers et nationaux quant au traitement qui leur est réservé. Du reste, même la manière dont un État traite ses propres citoyens, à l'intérieur de son propre territoire, n'est plus considérée comme relevant de sa souveraineté exclusive. Deuxièmement, les gouvernements attachent de l'importance à l'entreprise privée et la reconnaissent, ce qui permet aux investissements étrangers privés de jouir actuellement d'un environnement juridique sûr, à travers des accords bilatéraux ou multilatéraux visant à les promouvoir et à les protéger.

50. C'est pourquoi M. Comissário Afonso croit que la clause Calvo peut être conciliée avec le droit qu'a un État d'exercer sa protection diplomatique. Le Rapporteur spécial pourra probablement indiquer quand et dans quelles conditions une renonciation à l'exercice de la protection diplomatique ou un règlement de la réclamation formulée par un étranger peuvent mettre ce droit en échec.

51. Quant au projet d'article 16 proposé par le Rapporteur spécial, M. Comissário Afonso convient que la clause Calvo ne devrait pas être étendue aux cas de déni de justice, et cela devrait être clairement précisé dans le texte. Pour ce qui est du paragraphe 2 du projet d'article, il doute fort de son utilité, car cette disposition ne fait qu'exprimer ce que recouvre déjà la notion de protection diplomatique. La règle de l'épuisement des recours internes suppose qu'il est toujours possible de saisir des instances de recours international, en particulier en cas de déni de justice. M. Comissário Afonso est donc favorable à la suppression de ce paragraphe.

52. M. GAJA déclare d'emblée qu'il étudiera la « clause » Calvo et non la « doctrine » Calvo, celle-ci constituant un aspect des règles primaires relatives au traitement des étrangers. La première phrase du paragraphe 1 de l'article 16 proposé par le Rapporteur spécial semble n'avoir qu'une valeur symbolique. Elle confirme la validité de la clause Calvo en ne lui conférant que des effets extrêmement limités : l'étranger est censé avoir renoncé valablement à son droit « d'invoquer la protection diplomatique à raison du contrat ». Or, la portée en droit de cette renonciation est incertaine. Rien dans le projet d'articles ne semble indiquer que l'invocation par l'étranger de la protection diplomatique est une condition préalable à l'exercice de cette protection. Selon les projets d'article déjà renvoyés au Comité de rédaction, l'État de nationalité jouit du droit discrétionnaire d'exercer ou non sa protection diplomatique. La question ne semble donc pas être de savoir si la clause Calvo est ou non valide en droit international. Telle qu'elle est interprétée dans le projet d'article 16, elle n'est pas interdite en droit international, et elle n'est même pas tenue, en droit international, pour licite : elle ne présente tout simplement aucun intérêt. Il y aurait assurément rupture du contrat si, en violation de celui-ci, l'étranger invoquait la protection diplomatique de l'État dont il a la nationalité, mais il n'y aurait pas violation du droit international, ni de la part de l'étranger ni, bien entendu, de celle de l'État de nationalité. À supposer qu'il existe en droit international une obligation pour l'étranger de ne pas invoquer la protection diplomatique de son État national, cela ne serait guère déterminant dans la pratique. Il est probable que la protection diplomatique ne sera exercée que si elle est sollicitée. Et cette demande n'aurait pas à émaner du particulier lésé lui-même, car d'autres individus pourraient appeler l'attention de l'État de nationalité et ceux-ci ne seraient pas liés par le contrat renfermant la clause Calvo. Il n'y aurait pas violation d'une règle présumée de droit international qui interdit à un étranger d'invoquer la protection diplomatique de son État national.

53. Quoi qu'il en soit, selon le Rapporteur spécial, l'obligation faite à l'étranger de ne pas invoquer la protection diplomatique cesse d'exister dans le cas où un fait internationalement illicite est commis. Mais il peut y avoir, outre un déni de justice dans le contexte de l'épuisement des recours internes, d'autres violations du contrat équivalant à un fait internationalement illicite. Comme M. Pellet l'a souligné au cours d'une séance précédente, le paragraphe 1 du projet d'article 16 implique qu'un étranger ne peut invoquer la protection diplomatique de son État national tant qu'un fait internationalement illicite n'a pas été commis, mais cette protection ne serait de toute manière pas disponible. Lorsqu'un fait internationalement illicite a été commis, la protection diplomatique peut être sollicitée et exercée, que figure ou non dans le contrat une clause Calvo.

54. Quant au paragraphe 2 du projet d'article 16, il n'ajoute rien, ainsi que M. Comissário Afonso vient de le dire. Comme le Rapporteur spécial l'a expliqué, il présume que l'État hôte n'a pas renoncé à la règle de l'épuisement des recours internes. C'est superflu car, à l'issue de l'examen de l'article 14, la Commission est parvenue à la conclusion qu'il ne saurait y avoir de renonciation tacite.

<sup>8</sup> Voir 2725<sup>e</sup> séance, par. 5.

55. Il s'ensuit que la confirmation de la validité de la clause Calvo est éminemment symbolique. Qui plus est, elle prête dans une certaine mesure à confusion car la première phrase de l'article 16 semble étayer la position défendue par certains États hôtes selon laquelle la clause Calvo aurait pour effet en droit international d'empêcher l'État de nationalité d'exercer la protection diplomatique, même dans le cas d'un fait internationalement illicite. Mais telle n'est pas l'intention sous-jacente à l'article 16, dont la deuxième phrase est conforme à l'idée que l'État de nationalité jouit de la prérogative d'exercer sa protection diplomatique et que la clause Calvo ne saurait porter atteinte à ce droit.

56. M. Gaja répète que sa préférence va à l'élaboration d'une disposition générale sur la renonciation, de la part à la fois de l'État de nationalité et de l'État hôte, dans ce contexte. Quant à la clause Calvo, elle aurait sa place plutôt dans le commentaire que dans le texte même du projet.

57. Mme XUE remercie le Rapporteur spécial pour la concision et l'intérêt de la section C de son troisième rapport (A/CN.4/523 et Add.1), consacrée au projet d'article 16, lui-même axé sur la clause Calvo. Cette clause y est analysée très clairement, de son historique à son application actuelle, à travers la pratique des États, et la jurisprudence et la doctrine. L'on constate que deux positions extrêmes se sont dégagées. D'un côté, la règle de l'épuisement des recours internes a été acceptée et réaffirmée au fil des ans. D'un autre côté, cette règle n'a jamais privé l'État de nationalité du droit de protéger ses ressortissants lorsqu'ils subissaient un préjudice à raison d'un fait internationalement illicite commis par l'État défendeur. La clause Calvo mérite donc d'être reconnue parmi les règles relatives à la protection diplomatique.

58. Dans son rapport, le Rapporteur spécial propose deux options. La première serait de renoncer à élaborer une disposition sur le sujet au motif que la clause Calvo ne fait que réaffirmer la règle de l'épuisement des recours internes, déjà formulée à l'article 10. La seconde option consisterait à intégrer une disposition semblable à celle qui figure à l'article 16. Un examen attentif du projet d'article 16 montre que le Rapporteur spécial s'est efforcé de maintenir un équilibre entre les intérêts souverains des États liés à la juridiction nationale, et ceux liés à la protection de leurs ressortissants qui se trouvent à l'étranger. Il s'agit d'éviter à la fois toute ingérence et toute violation d'un droit. Mme Xue est d'avis que l'article 16, sous réserve de quelques modifications de forme, doit être maintenu, et ce, pour plusieurs raisons. En premier lieu, en tant que règle codifiée, il réaffirme le droit d'un État d'établir ce type de relation contractuelle avec un étranger qui exerce des activités sur son territoire. Si l'on songe à l'importance que revêtent les activités des sociétés transnationales et l'influence qu'elles exercent sur l'économie mondiale, il est clair que cette disposition est indispensable. En deuxième lieu, l'article 16 clarifie les limites d'une telle relation contractuelle, en particulier en garantissant les droits de l'État de nationalité en vertu du droit international. En troisième lieu, pour le cas où un contrat serait formulé différemment, comme dans l'affaire *North American Dredging Company*, il importe de stipuler clairement que les recours internes doivent être épuisés avant que l'affaire ne soit renvoyée devant une instance

internationale de règlement judiciaire. À ce propos, Mme Xue espère que c'est bien là le sens qu'il faut donner au paragraphe 2 de l'article 16.

59. Tout en étant favorable à l'article 16 dans son ensemble, Mme Xue émet une réserve à propos du paragraphe 1. Dans les autres parties du projet d'articles, c'est seulement lorsqu'un fait internationalement illicite est attribué à l'État défendeur que l'État de nationalité peut exercer sa protection diplomatique. À l'article 16, une nouvelle condition est ajoutée, à savoir que le préjudice causé à l'étranger doit concerner directement son État de nationalité. Il faudrait préciser si cette expression renvoie à une violation d'une obligation internationale, à un dommage directement causé à l'État – lui aussi – ou à une préoccupation plus générale en rapport avec la protection des droits de l'homme, sans quoi la portée de l'ensemble de la clause sera considérablement atténuée. En conclusion, sous réserve des remarques qu'elle a émises, Mme Xue estime que le projet d'article 16 doit être renvoyé au Comité de rédaction.

60. M. MOMTAZ remercie le Rapporteur spécial pour l'effort supplémentaire qu'il a fourni à la section C de son troisième rapport consacrée à la clause Calvo. Ce texte a beaucoup de mérite, dont celui d'avoir rafraîchi la mémoire des membres de la Commission à propos d'une question qui n'est plus discutée aujourd'hui. L'impression générale qui s'en dégage est que l'objet véritable de la clause Calvo, en son temps, était d'exclure la protection diplomatique en toute circonstance et que cette thèse « extrémiste » n'a jamais été reconnue en droit international, même dans un cadre régional. Il est vrai que le Rapporteur spécial se réfère, à la section C.4, à la codification de la clause Calvo dans le continent américain. Il précise que ces efforts de codification ont été couronnés de succès dans les pays d'Amérique latine et, pour prouver le bien-fondé de cette affirmation, il cite trois instruments régionaux qui semblent mettre l'accent sur la nécessité pour l'étranger lésé par un acte illicite de recourir aux tribunaux compétents de l'État défendeur, c'est-à-dire sur la règle de l'épuisement des recours internes. En effet, dans les trois cas, le manquement à cette règle a donné lieu à des excès qui ont été décriés, à juste titre, par les États latino-américains, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle. M. Momtaz souhaiterait demander au Rapporteur spécial si, à l'époque où la clause Calvo a été inventée, la règle de l'épuisement des recours internes était considérée comme une règle coutumière. Lui-même en doute, et il souhaiterait établir une relation entre la clause Calvo et la gestation de la règle de l'épuisement des recours internes au cours de cette période. À cet égard, la résolution relative à la « responsabilité internationale de l'État » adoptée par la septième Conférence internationale des États américains en 1933<sup>9</sup> est suffisamment explicite. D'ailleurs, la jurisprudence établie par la Commission générale des réclamations États-Unis/Mexique dans le cadre de l'affaire *North American Dredging Company* a souligné, elle aussi, la nécessité d'épuiser les recours internes. Compte tenu du fait que, depuis lors, les États latino-américains ont quelque peu assoupli leur position,

<sup>9</sup> Septième Conférence internationale américaine, I<sup>er</sup> Supplément, 1933-1940, Publications de la SDN, V. Questions juridiques. 1950.V.1 (doc. C.228.M.115.1930.V), p. 18; reproduit dans *Annuaire...* 1956, vol. II, doc. A/CN.4/96, annexe 6, p. 227.

M. Momtaz s'interroge sur l'utilité de codifier la clause Calvo dans le projet d'articles. Il est intéressant de noter que les pays en développement, toujours désireux d'attirer des investissements étrangers, s'efforcent désormais de créer des conditions qui leur soient propices et offrent des garanties juridiques à cette fin. Il en résulte un traitement de faveur à l'égard des investisseurs étrangers par rapport à celui accordé aux investisseurs nationaux, ce que la clause Calvo visait à dénoncer et éviter. Évidemment, rien n'empêche qu'un étranger s'engage à ne pas demander la protection diplomatique de l'État dont il est le ressortissant. Il va sans dire, comme cela a été souligné à maintes reprises, que cette promesse n'engage nullement l'État de nationalité. En fait, M. Momtaz pense que les questions soulevées à la section C du troisième rapport sont intimement liées à celles posées par la renonciation à l'épuisement des recours internes et qu'il serait préférable qu'elles soient toutes étudiées dans ce contexte.

61. Pour toutes ces raisons, M. Momtaz est favorable à la première option proposée par le Rapporteur spécial, quitte à ce que l'on se réfère à la clause Calvo dans le commentaire de l'article pertinent du projet d'articles, sans doute celui consacré à la règle de l'épuisement des recours internes.

62. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en tant que membre de la Commission, dit que le principal problème auquel se heurte la Commission est l'absence de consensus et qu'il faut y remédier sans pour autant laisser de côté des éléments que certains membres jugent pertinents. Il a été sincèrement surpris et mécontent lorsque le Rapporteur spécial a indiqué qu'il avait l'intention d'inclure dans le projet d'articles une référence à la clause Calvo. En effet, il est d'avis que les perspectives de parvenir à un accord sur cette question sont quasiment nulles. Il approuve, bien sûr, la règle de l'épuisement des recours internes mais, comme M. Brownlie l'a indiqué très clairement, la Commission devrait s'abstenir d'élaborer une disposition sur la clause Calvo car cela ne relève pas de sa compétence. Le Président exhorte les membres de la Commission à ne pas se prononcer sur un sujet qui a eu un impact plus émotionnel que juridique au cours des décennies précédentes, et donc à ne pas renvoyer l'article 16 au Comité de rédaction. Il les invite à prendre simplement note du rapport sur la question.

63. M. KABATSI félicite le Rapporteur spécial pour son troisième rapport particulièrement riche et la compétence dont il a fait preuve en traitant les questions en jeu, à savoir, pour l'essentiel, la règle de l'épuisement des recours internes, la charge de la preuve dans l'application de cette règle et, enfin, la controverse au sujet de la clause Calvo. Il apprécie que le Rapporteur spécial n'ait pas cédé à la tentation d'imposer sa position et ses conclusions à la Commission mais l'ait laissée entièrement libre de se prononcer sans avoir à ménager sa susceptibilité. Il rappelle que, par le passé, certains rapporteurs spéciaux ont pris ombrage des décisions de la Commission et que l'un d'entre eux a même renoncé à son mandat.

64. En ce qui concerne la portée du projet d'articles, il s'agit donc de déterminer si le sujet doit être limité à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des recours internes ou bien étendu à d'autres questions telles que la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les

organisations internationales, le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation au nom de l'équipage ou des passagers, le cas où un État exerce sa protection diplomatique à l'égard d'un ressortissant d'un autre État, ce dernier ayant délégué au premier son droit de le faire et le cas où un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire. Sur ce point, M. Kabatsi est fermement convaincu que, pour les motifs que le Rapporteur spécial expose au paragraphe 17 de son rapport, la portée du projet d'articles devrait être limitée dans l'immédiat aux questions qu'il a identifiées.

65. S'agissant des exceptions au principe général selon lequel les recours internes doivent être épuisés, M. Kabatsi accueille favorablement le projet d'article 14, en particulier l'option 3 proposée à l'alinéa *a* (« n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace »). Pour ce qui est de la charge de la preuve relative à l'épuisement des recours internes, il approuve la proposition formulée au paragraphe 2 du projet d'article 15, car le Rapporteur spécial y énonce très clairement les responsabilités qui incombent respectivement à l'État défendeur et à l'État demandeur.

66. Enfin, s'agissant de la clause Calvo et de l'article 16, la question est de savoir si cette clause ajoute un élément nouveau à la règle de l'épuisement des recours internes. Ce n'est peut-être pas vraiment le cas, comme l'ont fait valoir les membres qui considèrent l'article 16 superflu. M. Kabatsi n'en est lui-même pas tout à fait certain. Cependant, il estime que cette disposition met utilement l'accent sur la règle de l'épuisement des recours internes et la clarifie un peu plus. Pour ce motif, il serait utile de la conserver. En revanche, le paragraphe 2 de l'article 16 ne semble pas ajouter grand-chose au contenu du paragraphe 1 et pourrait être abandonné. M. Kabatsi, sous réserve de cette dernière remarque, est favorable à l'inclusion de cette disposition dans le projet d'articles.

67. M. DAOUDI s'associe aux membres qui ont remercié le Rapporteur spécial pour son troisième rapport. Celui-ci, outre la richesse des informations qu'il contient, a le mérite de conserver une objectivité remarquable. S'agissant des deux options que le Rapporteur spécial propose dans la conclusion de son rapport, il est certain que la tentation est grande de retenir la première, c'est-à-dire de ne pas ingérer la clause Calvo dans le projet d'articles, et cela pour deux motifs principaux. D'une part, les circonstances qui ont amené les États d'Amérique latine à adopter la clause Calvo ne sont plus de mise aujourd'hui, même si ces États en conservent des traces dans leur doctrine. D'autre part, les États acceptent désormais de renoncer à exiger, dans des contrats conclus avec des étrangers, non seulement l'épuisement des recours internes mais aussi l'application de leur droit national.

68. M. Daoudi pense néanmoins que la deuxième option, soit l'article 16 proposé, est plus intéressante car plus respectueuse des principes de la souveraineté des États et de la non-ingérence dans leurs affaires intérieures. L'article 16 contient, au paragraphe 1, trois variantes de la clause Calvo, reprises presque textuellement des formules de García Amador. La formulation de l'alinéa *a* est tout à fait acceptable, ce qui n'est pas le cas des alinéas *b* et *c* car ils prévoient la possibilité, pour un étranger, de renoncer à la protection diplomatique de son État de nationalité,

même lorsque l'État hôte commet un fait internationalement illicite ou lorsqu'il y a déni de justice. Or, ce droit n'appartient pas au particulier mais bien à son État de nationalité.

69. La seconde partie du paragraphe 1, qui commence par les mots « Cependant, une telle stipulation n'affecte en rien le droit de l'État de nationalité », pourrait tout à fait remplacer le texte actuel du paragraphe 2. Ce dernier est en effet inutile et atténue beaucoup les effets de la règle en la réduisant à une simple présomption, ce qui peut donner lieu à un conflit d'interprétation qui sera laissé à l'appréciation du juge ou de l'arbitre. Ces réserves étant émises, M. Daoudi est d'accord pour renvoyer le projet d'article au Comité de rédaction.

70. M. DUGARD (Rapporteur spécial) insiste sur le fait que la clause Calvo a influencé le débat sur la protection diplomatique tout au long de son histoire et que la Commission ne peut la laisser de côté au seul motif qu'il s'agit d'un simple arrangement contractuel. Si elle décide d'écarter cette clause en arguant qu'elle n'entre pas dans le cadre de son mandat, qui est de codifier les règles du droit international, elle risque de donner l'impression qu'elle n'a pas traité ce sujet parce qu'il soulève des problèmes épineux. Il est indéniable que c'est un sujet difficile et qui comporte une grande charge émotionnelle et symbolique mais la Commission ne peut pas se permettre de ne pas le traiter uniquement pour des raisons politiques. M. Dugard espère que les membres garderont cela à l'esprit lors des séances ultérieures consacrées à la question.

*La séance est levée à 13 h 5.*

---

## 2728<sup>e</sup> SÉANCE

*Vendredi 31 mai 2002, à 10 h 5*

*Président : M. Robert ROSENSTOCK*

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

## Protection diplomatique<sup>1</sup> (suite) [A/CN.4/514<sup>2</sup>, A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1<sup>3</sup>, A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

### DEUXIÈME ET TROISIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Pour M. KOSKENNIEMI, la clause Calvo n'est rien de plus qu'une adjonction tout à fait mineure au droit en vigueur. Il partage l'idée de M. Brownlie qu'elle traite d'une question qui ne relève pas vraiment de la portée du sujet.

2. Lorsqu'une règle fait l'objet d'une exception, celle-ci prend souvent une importance considérable. Une telle exception est prévue au paragraphe 1 du projet d'article 16 figurant à la section C du troisième rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique (A/CN.4/523 et Add.1), dans le membre de phrase « lorsque celle-ci est lésée par un fait internationalement illicite attribuable à l'État contractant ou lorsque le préjudice qu'elle a subi concerne directement son État de nationalité ». Bien des membres de la Commission ont fait valoir qu'il fallait, pour le principe, reconnaître l'égalité souveraine et l'évolution du système international. Pour M. Koskenniemi, toutefois, la dernière partie du paragraphe 1 ouvre la porte à l'intervention. Après tout, toute relation contractuelle, surtout si elle revêt une importance économique, sera considérée comme intéressant l'État de nationalité. Pour ne citer qu'un exemple, il pense au cas d'une grosse société qui passerait un contrat avec un État hôte et entretiendrait probablement de bonnes relations avec l'ambassade de son propre pays; en cas de problème, la société ne manquera pas de faire savoir officieusement à l'ambassade qu'une intervention de sa part au plan diplomatique pourrait être utile. L'ambassadeur considérera que la question concerne directement l'État lui-même et mérite le type d'intervention que la clause est censée viser.

3. La clause Calvo n'a pas seulement un effet symbolique. La référence aux questions qui concernent directement l'État laisse à l'ambassadeur le soin de décider de porter ou non l'affaire au niveau international, indépendamment de la renonciation. Comme il est difficile de traiter de la question de « l'intérêt direct » dans une définition, mieux vaudrait ne pas avoir du tout de disposition sur la clause Calvo. Celle-ci montre qu'une action motivée par des raisons symboliques peut avoir des conséquences qui vont à l'encontre de celles escomptées.

4. M. FOMBA dit qu'il fait partie de ceux qui jugeaient utile d'étudier la clause Calvo à condition de le faire du point de vue de la question globale de la renonciation au droit de prétendre à la protection diplomatique.

5. Le projet d'article 16 a sa source dans le fait internationalement illicite, qui concerne directement l'État de

---

<sup>1</sup> 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<sup>e</sup> séance, par. 1, p. 38 et 39.

<sup>2</sup> Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

<sup>3</sup> Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1<sup>re</sup> partie).