INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL.

ANNUAIRE

Tome 43

1950

I

Réimpression
SCHMIDT PERIODICALS GMBH
D-83075 Bad Feilnbach / Germany
2000

Réimpression publiée avec l' accord de l' éditeur,
l' Institut de Droit International, Genève, Suisse.

1950

—

ANNUAIRE

DE

l'Institut de Droit International

ANNUAIRE

DE

l'Institut de Droit International

—

Quarante-troisième volume

—

Session de Bath

SEPTEMBRE 1950

—

Tome I

(43.)

Justitia et Pace

1950

BALE

Editions juridiques et sociologiques S. A.

(Verlag für Recht und Gesellschaft A G.)

PREMIÈRE PARTIE

Travaux préparatoires de la Session de Bath

I. La détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats

(Deuxième Commission)

Rapport et projet de Résolutions provisoires

présentés par

M. Charles Rousseau

A.

Rapport provisoire

A la suite de l'envoi de l'exposé préliminaire et du questionnaire aux 12 membres de la 2me Commission [1], le rapporteur a reçu 6 réponses, celles de MM. Basdevant, Brierly, Kaeckenbeeck, Krylov, Ch. De Visscher et Wehberg.

Le problème mis à l'étude par l'Institut était relatif à la « détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats ». Un membre de la Commission, M. Basdevant, s'est demandé s'il n'y avait pas là un aspect particulier d'un problème plus large, le problème des moyens de défense dont peut disposer un Etat contre les abus

[1] Cette Commission est ainsi constituée : Rapporteur : M. Rousseau (en remplacement de M. Kaeckenbeeck). Membres : MM. Bailey, Basdevant, Brierly, Guerrero, Hsu Mo, Jessup, Kaeckenbeeck, Kaufmann, Krylov, Lopez-Olivan, Ch. De Visscher et Wehberg.

de pouvoir des organes internationaux — problème qui s'est posé à différentes reprises au cours de ces dernières années et qui n'a jamais été traité ici dans son ensemble. Pour M. Basdevant cette étude d'ensemble serait préférable à un examen se produisant d'une manière incidente à propos de l'étude du domaine réservé. Il y a là une sorte de question préalable sur laquelle l'Institut devra se prononcer avant d'aborder l'examen au fond du problème. La complexité de celui-ci laisse d'ailleurs penser qu'une seule session ne suffira pas à en épuiser les différents aspects et que, après l'exploration préliminaire à laquelle l'Institut est convié cette année, il serait peut-être préférable de laisser à la session suivante le soin de formuler les résolutions relatives à ce problème.

I.

Origine de l'art. 2, § 7 de la Charte des Nations Unies Comparaison avec l'art. 15, § 8 du Pacte de la S.D.N.

L'article 2, § 7 de la Charte des Nations Unies est ainsi conçu :

> « Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte ; toutefois, ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au chapitre VII. »

L'origine de cette disposition réside dans le § 7 du chapitre VIII, section A, des propositions de Dumbarton Oaks, aux termes duquel les procédures de règlement pacifique établies par le chapitre précité ne devraient pas être applicables aux situations ou différends découlant des questions qui, « en vertu du droit international, relèvent exclusivement de la compétence nationale de l'Etat intéressé ».

A l'exception du projet bolivien — qui se prononçait pour la suppression catégorique de ce paragraphe —, la plupart des projets nationaux présentés par les Gouvernements invités à la Conférence de San-Francisco ont maintenu le principe du domaine réservé, sauf à préciser la détermination de son contenu (projets des gouvernements brésilien, mexicain, péruvien, tchécoslovaque, turc et vénézuélien) ou à suggérer des modifications de procédure (proposition norvégienne). Aucune de ces propositions ne devait être prise en considération par la Conférence, car entre temps, un amendement commun des 4 Puissances invitantes était venu modifier leur proposition initiale ; et c'est sur cette nouvelle base que devait finalement être élaboré le texte actuel de la Charte. Les modifications envisagées par les Puissances invitantes étaient au nombre de trois :

1. Insertion de la disposition projetée, non dans la section qui traite du règlement pacifique des différends internationaux (section A du chapitre VIII du plan de Dumbarton Oaks, chapitre VI du texte actuel de la Charte), mais dans l'énoncé des principes fondamentaux de l'O.N.U. (chapitre II du plan de Dumbarton Oaks, art. 2 de la Charte), de manière à la rendre applicable à toutes les autres dispositions de la Charte.

2. Suppression de la référence au droit international comme critère de détermination du domaine réservé à la compétence étatique.

3. Substitution de l'adverbe « essentiellement » à l'adverbe « exclusivement » dans l'expression « matières qui relèvent ... de la compétence nationale des Etats ».

Cette formule fut finalement adoptée le 14 juin 1945 par le 1er Comité de la 1re Commission à la majorité de 33 voix contre 4 et le 19 juin par la 1re Commission. Elle fut entérinée sans observations par la Conférence siégeant en séance plénière.

L'introduction dans la Charte des Nations Unies d'une réserve expresse de la « compétence essentiellement nationale » des Etats n'est pas une innovation en droit positif. Antérieurement, les auteurs du Covenant avaient déjà inséré dans le Pacte de la Société des Nations l'article 15, § 8, ainsi conçu :

> « Si l'une des parties prétend et si le Conseil reconnaît que le différend porte sur une question que le droit international laisse à la compétence exclusive de cette Partie, le Conseil le constatera dans un rapport, mais sans recommander aucune solution. »

L'interprète est ainsi naturellement amené à comparer entre elles deux dispositions qui, à première vue, paraissent — sous des variantes de forme négligeables — exprimer un principe analogue. En réalité, si les deux textes présentent des points communs, ils n'en sont pas moins séparés par des différences profondes.

Entre l'art. 15, § 8, et l'article 2, § 7, il y a, tout d'abord, une similitude, mais c'est la seule. Tous deux visent à soustraire à la compétence de l'organe international qu'ils instituent un certain domaine réservé à l'action unilatérale de l'Etat. Le même confusionnisme a d'ailleurs présidé, en 1945 comme en 1919, à la rédaction technique des deux dispositions. Dans l'un et l'autre cas, les auteurs de la Charte, de même que ceux du Pacte, confondant compétence exclusive (ou nationale) et compétence discrétionnaire, ont rattaché à la répartition des compétences une disposition qui n'est qu'un aspect des obligations imposées aux Etats dans l'exercice de leurs diverses compétences [1]. On sait, en effet, que l'alinéa 8 a été inséré dans l'article 15 du Pacte de 1919, à la demande du Gouvernement

[1] Cf. à cet égard J. Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *Académie de droit international. Recueil des Cours*, 1936, IV, pp. 603-607 et, antérieurement, notre article sur « L'aménagement des compétences en droit international », *Revue générale de droit international public*, 1930, surtout pp. 457-458.

des Etats-Unis, qui entendait soustraire par là à l'examen du Conseil de la Société des Nations certaines questions jugées d'un intérêt vital pour les Etats-Unis, telles les questions d'immigration et de tarifs douaniers. Or il est bien certain que, par leur nature intrinsèque et même dans l'hypothèse d'engagements conventionnels intervenus à leur endroit avec un Etat tiers, de telles questions continuent à relever de la compétence exclusive de l'Etat intéressé. Seulement, dans ce cas, la compétence de l'Etat — *tout en restant exclusive* — cesse d'être discrétionnaire pour devenir liée (cas où l'Etat s'oblige par traité à admettre une certaine proportion d'immigrants de tel ou tel Etat étranger, ou à ne pas modifier le taux de ses droits de douane à l'égard de tel Etat, etc.).

L'intérêt de cette analyse — aujourd'hui courante dans la doctrine française — est de montrer qu'il peut y avoir des cas de compétence exclusive liée. L'hypothèse classique est celle des concordats, par lesquels l'Etat réglemente conventionnellement avec le Saint-Siège une question qui ressortit à sa compétence exclusive. De même, dans son aménagement constitutionnel interne, l'Etat possède une compétence exclusive, mais, en exerçant cette compétence, il doit se conformer au droit des gens, respecter par exemple le principe de la continuité de l'Etat, le principe de non-intervention, etc., de sorte que, dans une certaine mesure, cette compétence pourtant exclusive se trouve réglementée. Autre exemple relatif celui-là à la compétence de guerre : nulle compétence n'a un caractère plus exclusif ; néanmoins c'est une compétence liée et même limitée, depuis le Pacte de la Société des Nations, le Pacte général de renonciation à la guerre et la Charte des Nations Unies. En d'autres termes, l'exclusivisme de la compétence étatique est parfaitement compatible avec une réglementation qui limite cette dernière et lui enlève son caractère discrétionnaire, la vraie question à résoudre dans les rapports inter-

nationaux n'étant pas tant de savoir qui exercera la compétence en telle hypothèse donnée que de déterminer *comment* celle-ci sera exercée.

Abstraction faite des différences qui se marquent quant à la portée respective de l'exception du domaine réservé pour le jeu des procédures de règlement pacifique instituées par ces deux instruments [1], on peut discerner trois différences essentielles entre l'article 15, § 8 du Pacte et l'article 2, § 7 de la Charte.

a) A la différence du Pacte de 1919, l'article 2, § 7 de la Charte omet la référence au droit international comme critère de détermination du domaine réservé. Encore qu'on ait minimisé la portée de cette omission, motif pris de ce que toute délimitation de compétence entre l'ordre étatique et l'ordre interétatique relève nécessairement du droit international [2], il n'est pas sûr que le silence de la Charte doive s'interpréter comme une réaffirmation implicite de la formule du Pacte. Le rejet à San-Francisco de la proposition belge tendant à rétablir dans le texte en question la référence formelle au droit international [3] inclinerait plutôt à penser le contraire.

---

[1] La différence la plus importante à cet égard est celle-ci. La Charte interdit à l'O.N.U. de connaître d'une question faisant partie du domaine réservé, sauf dans l'hypothèse de menace directe à la paix, auquel cas le Conseil de sécurité est libre d'appliquer les mesures coercitives prévues au chapitre VII. Le Pacte de la S.D.N. interdisait simplement au Conseil de trancher par une décision obligatoire aux termes de l'art. 15, § 4, un différend portant sur une matière réservée ; mais le Conseil restait libre, par contre, de connaître du litige aux fins d'enquête, d'examen et éventuellement de règlement amiable au sens des articles 11 et 15, § 3.

[2] En ce sens L. Kopelmanas, *L'Organisation des Nations Unies*, tome I, Paris, 1947, N° 116, pp. 232-233.

[3] *Documents de la Conférence de San-Francisco sur l'Organisation internationale*, vol. VI, pp. 5 et ss.

b) L'article 2, § 7, omet également d'indiquer que le Conseil de sécurité est l'organe compétent pour juger de l'exception d'incompétence élevée en la matière.

c) Il substitue enfin l'expression de *compétence nationale* (« matter which is essentially within the domestic jurisdiction ») à celle de *compétence exclusive* (« matter which is solely within the domestic jurisdiction »). La modification de terminologie est plus saisissante encore dans le texte anglais.

Il en résulte que — sauf pour ce qui concerne l'application des mesures coercitives — chaque Etat est seul compétent pour apprécier le bien-fondé de la réserve. C'est là un recul très net sur le Pacte de la Société des Nations — et l'attitude ultérieure de certains Etats membres a montré que cette différence n'était pas théorique. Lorsqu'il a déposé, le 26 août 1946, sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice (art. 36, § 2 du Statut), le Gouvernement des Etats-Unis a formellement soustrait au règlement juridictionnel les conflits portant sur des questions de juridiction domestique « au sens des Etats-Unis » (*as determined by the United States*), reprenant ainsi purement et simplement la formule introduite par l'amendement Connally lors du vote, le 2 août 1946, par le Sénat américain de la résolution Morse sur l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour [1]. Le Gouvernement français a adopté une formule similaire dans sa déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour en date du 18 février 1947, déclaration approuvée

[1] Cf. à cet égard F. O. Wilcox, « The United States accepts compulsory jurisdiction », *American Journal of international law*, 1946, pp. 699-719 ; L. Preuss, « The International Court of justice, the Senate and matters of domestic jurisdiction », *ibid.*, pp. 720-736 ; Ch. Hyde, « The United States accepts the optional clause », *ibid.*, pp. 792-794 ; Manley O. Hudson « The World Court : America's Declaration accepting Jurisdiction », *American Bar Association Journal*, décembre 1946.

par la loi du 10 juillet 1948 : « Cette déclaration ne s'applique pas aux différends relatifs à des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale telle qu'elle est entendue par le Gouvernement de la République française. » Même attitude de la part du Pakistan (déclaration du 22 juin 1948). Au total, à la date du 15 juillet 1948, sur 34 Etats ayant accepté la juridiction obligatoire de la Cour, trois l'avaient fait sous la réserve précitée [1].

Touchant la question soulevée ici, M. Basdevant propose d'éliminer l'examen de ce problème, qui ne présente qu'un intérêt historique. Pour leur part, les autres membres de la Commission conviennent qu'il existe des différences entre l'art. 15, § 8 du Pacte et l'art. 2, § 7 de la Charte — différences importantes peut-être, mais non fondamentales, de l'avis de MM. Ch. De Visscher et Wehberg. M. Krylov pense que l'art. 2, § 7 a une portée générale, alors que l'art. 15, § 8 n'avait qu'une portée limitée.

II.

Application de l'art. 2, § 7 de la Charte

Jusqu'ici, l'article 2, § 7, soit explicitement, soit implicitement, a été invoqué, entre autres, trois fois devant les organes de l'O.N.U.[2]

[1] *Annuaire de la Cour* (1947-48), pp. 32-33.

[2] Voir à cet égard P. Berthoud, « La compétence nationale des Etats et l'Organisation des Nations Unies », *Annuaire suisse de Droit international*, 1947, IV, pp. 17-104 ; G. Kaeckenbeeck, « La Charte de San Francisco dans ses rapports avec le droit international », *Académie de droit international. Recueil des Cours*, 1947, I, tome 70, pp. 109-330.

1°) *Affaire d'Indonésie.* — Dès le 15 août 1947, les Pays-Bas contestèrent la compétence du Conseil de sécurité, mais sans toutefois faire expressément appel à l'art. 2, § 7. A nouveau, le 24 décembre 1948, le délégué des Pays-Bas déclara devant le Conseil que la République d'Indonésie n'étant pas un Etat souverain au sens du droit international, le conflit qui opposait le gouvernement néerlandais aux autorités de Djodakarta portait sur une question qui « de toute évidence », était de la compétence nationale des Pays-Bas.

2°) *Problème du traitement des Indiens en Afrique du Sud* (conformité au droit international de l'Asiatic Land Tenure and Indian Representation Act du 3 juin 1946). — Le 14 mai 1949, le représentant du Gouvernement de l'Union sud-africaine s'opposait au projet de résolution adopté ce même jour (par 47 voix contre 1 et 12 abstentions) par l'Assemblée générale, projet aux termes duquel l'Assemblée invitait les Gouvernements de l'Inde, du Pakistan et de l'Union sud-africaine à discuter la question du traitement des Indiens en Afrique du Sud, au cours d'une Conférence, en prenant en considération les buts et principes de la Charte et de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Le délégué de l'Union sud-africaine fit valoir que pareille question relevait essentiellement de la compétence nationale de l'Union et échappait à la compétence de l'Assemblée générale. Il ajouta qu'en traitant la question lors de ses sessions de 1946 et de 1947, l'Assemblée s'était arrogée une compétence qu'elle ne possédait pas en réalité.

On observera incidemment que l'une des questions controversées en l'espèce — la portée juridique de l'instrument dit « Accord du Cap de 1927 » — rentrait exactement dans la compétence d'une juridiction internationale. A cet égard, la situation n'était pas sans rappeler la position respective des Gouvernements finlandais et soviétique en 1922-23 lors du litige

relatif à la Carélie orientale et à l'interprétation de la déclaration unilatérale soviétique annexée au traité de Dorpat.

3°) *Respect des droits de l'homme.* — Enfin, devant le Conseil de sécurité, le 20 juillet 1949, le représentant de l'Ukraine a soutenu que le point de savoir si un Etat respectait ou non les droits fondamentaux de l'homme faisait partie du domaine réservé et que le Conseil de sécurité n'avait pas compétence pour en traiter. Un point de vue identique avait inspiré la note du Gouvernement soviétique en date du 14 juin précédent, note dans laquelle ce Gouvernement estimait que les mesures prises dans cet ordre d'idées par certains Etats signataires des traités de paix du 10 février 1947 (Bulgarie, Hongrie, Roumanie) relevaient de leur seule compétence intérieure.

III.

Appréciation critique

Ces constatations préliminaires étant faites, une discussion juridique de l'article 2, § 7, pour être efficace, doit obéir, semble-t-il, à quelques directives très simples.

1. L'existence d'un domaine réservé à la compétence nationale de l'Etat est, dans l'ordre international, une règle juridique. Tous les membres de la Commission qui ont bien voulu faire connaître leur point de vue se sont ralliés à cette conclusion, M. Kaeckenbeeck précisant toutefois que la constatation que cette institution fait partie du droit positif ne signifie pas qu'elle soit pour autant conforme au droit international général. De son côté, M. Basdevant observe que, réserve faite de la terminologie, la notion de domaine réservé à la compétence nationale est une notion ancienne dont l'examen dépasse l'exégèse de l'art. 2, § 7 de la Charte.

2. Quant à définir l'étendue exacte de ce domaine, c'est une tâche impossible pour le juriste. La détermination des matières laissées à la compétence nationale est donc en un sens une question de fait, puisqu'elle se réduit à la constatation des matières qui, à un moment donné, ne sont pas réglées par le droit international.

Les différentes réponses parvenues au rapporteur expriment à cet égard la même opinion, à savoir qu'il est impossible de définir à l'avance le domaine réservé à la compétence nationale, dont le contenu — suivant la formule de M. Kaeckenbeeck — est « à la fois juridiquement indéterminé et juridiquement indéterminable ».

Il est difficile dès lors de ne pas être frappé de l'analogie existant entre cette théorie et les doctrines qui, comme la théorie française des actes de gouvernement, tendent à soustraire certains actes déterminés aux recours juridictionnels internes. Adaptant à l'ordre international la définition qu'Hauriou donnait des actes de gouvernement, on peut admettre que les questions ressortissant à la compétence nationale de l'Etat sont celles qui figurent dans une énumération qui sera progressivement dressée par la jurisprudence et la pratique internationales. Pour l'instant, il est impossible d'en dresser une liste qui soit complète et limitative. Toute définition ne peut être qu'empirique et « a posteriori ».

3. Touchant la technique de détermination du domaine réservé, la seule méthode concevable est le recours — soit par voie consultative, soit par voie contentieuse — à la Cour internationale de Justice. Tout problème de répartition ou de détermination des compétences dans l'ordre international relève par définition de la fonction juridictionnelle. C'est d'ailleurs cette méthode qui a été appliquée entre 1919 et 1939, où la Cour permanente de Justice internationale (affaire des décrets

de nationalité, affaire de l'expulsion du Patriarche œcuménique de Constantinople) et à son défaut les Comités de juristes désignés par le Conseil ou l'Assemblée de la S.D.N. (affaire des îles d'Aland, affaire de la revision du traité d'Ancon) ou tout autre tribunal arbitral choisi par les Parties ont été appelés à se prononcer.

De ce point de vue, force est bien de constater que le milieu social régi par la Charte des Nations Unies est infiniment moins disposé à accepter une telle solution que ne l'était la société internationale de 1919-1939. Pour des raisons qui dépassent le cadre de ce rapport et qui ne relèvent pas toutes de la technique juridique, la méfiance du juge est malheureusement devenue l'un des traits caractéristiques de la vie internationale depuis 1945. Le refus de soumettre à une décision juridictionnelle des questions aussi foncièrement juridiques que celles de l'interprétation des clauses litigieuses des traités de paix de 1947, de la valeur abrogatoire de la convention de Belgrade du 18 août 1948 à l'égard du statut du Danube du 23 juillet 1921, ou de la légalité du partage territorial de la Palestine à l'expiration du régime du mandat est hautement révélateur.

Relativement au problème en discussion, il suffira de noter que, pour des raisons d'ordre politique, l'Assemblée générale des Nations Unies s'est abstenue jusqu'ici de demander un avis consultatif à la Cour internationale de Justice dans le litige existant entre l'Inde et l'Union sud-africaine et que, dans l'affaire d'Indonésie — malgré l'attitude favorable des Pays-Bas — le Conseil de Sécurité a écarté, le 26 août 1947, la proposition belge tendant à soumettre pour avis le problème de la compétence du Conseil à la Cour internationale de Justice.

Malgré ce double et significatif échec, nous croyons que l'Institut de droit international devrait prendre nettement position sur ce point et réaffirmer son attachement à une solution qu'imposent à la fois la nature de la question en jeu et la tech-

nique même de règlement des différends internationaux. Consultés sur le point de savoir si le recours au juge international devrait être de droit en pareille matière, les membres de la Commission n'ont pas exprimé une opinion unanime. Peut-être, ainsi que l'a observé M. Basdevant, la question était-elle posée en termes trop simples. Un seul membre, M. Krylov, a donné une réponse négative, estimant que le recours au juge international ne donnerait pas de résultat utile en l'espèce. En répondant affirmativement, mais en indiquant qu'un tel résultat ne pouvait être atteint que par la voie conventionnelle, M. Kaeckenbeeck a énoncé une opinion très voisine de celle de M. Wehberg, pour qui le recours au juge serait souhaitable, mais sans que cette méthode écarte l'intervention du Conseil de Sécurité et de l'Assemblée générale des Nations Unies.

4. En liaison avec le problème précédent, le rapporteur avait suggéré que l'Institut pourrait se prononcer sur la véritable portée de la réserve formulée par certains Etats dans leur déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, aux termes de laquelle l'Etat qui invoque l'exception de compétence nationale est seul juge d'en apprécier le bien-fondé. Une telle assertion paraît en effet trop ouvertement contraire au principe traditionnel selon lequel l'arbitre ou le juge international est juge de sa compétence, ainsi qu'à la jurisprudence même du domaine réservé, pour être accueillie sans réserve.

Cette suggestion n'a pas été retenue par la Commission. Si l'un de ses membres, M. Wehberg, admet que le libellé de la réserve est en contradiction avec les nouvelles tendances du droit international, MM. Brierly et Kaeckenbeeck estiment que l'Etat intéressé est seul juge de la manière dont il énonce sa réserve à l'acceptation d'une juridiction obligatoire à laquelle — ainsi que le souligne M. Basdevant — il était libre de ne

pas souscrire. Pour sa part M. Basdevant a des doutes sur l'opportunité pour l'Institut de retenir cette question.

5. L'un des principes les mieux assis de la jurisprudence relative au domaine réservé à la compétence exclusive de l'Etat était celui d'après lequel la liberté de l'Etat d'agir à sa guise pouvait se trouver restreinte par les engagements d'ordre conventionnel assumés par lui à l'égard d'autres Etats. Il n'y a aucune raison d'écarter cette règle d'interprétation pour la détermination du domaine réservé à la compétence essentiellement nationale.

On discerne aisément la portée de ce principe si l'on songe que, dans toutes les affaires où a été invoqué jusqu'ici l'article 2, § 7, un engagement d'ordre international était en cause (Accord du Cap de 1927 dans l'affaire du traitement des Indiens en Afrique du Sud, Accord de Lingadjati du 25 mars 1947 dans le litige entre les Pays-Bas et l'Indonésie, art. 2 et 3 des Traités de paix bulgare, hongrois et roumain du 10 février 1947 dans la controverse sur le respect des droits de l'homme).

Touchant les conséquences de l'existence d'un engagement d'ordre international en la matière, la Commission s'est divisée. Alors que MM. Brierly, Ch. De Visscher et Wehberg estiment que cette circonstance suffit à soustraire le problème à la compétence exclusive de l'Etat intéressé, M. Kaeckenbeeck croit qu'il n'en va pas ainsi nécessairement. De même M. Krylov pense que l'existence d'un engagement de cet ordre est de nature à limiter, mais non à supprimer le domaine réservé.

B.

Projet de Résolutions

L'Institut de Droit international,

Considérant que la reconnaissance par l'art. 2, § 7 de la Charte des Nations Unies de l'existence d'un domaine réservé à la compétence nationale d'un Etat n'est que la mise en œuvre particulière par le droit positif d'un principe général sur lequel il a déjà eu l'occasion de se prononcer ;

Réaffirmant les Résolutions adoptées par lui en 1932 à sa session d'Oslo ;

Observant toutefois que, depuis cette époque, de nouvelles questions se sont posées, qui en elles-mêmes appellent une solution, déclare adopter les Résolutions suivantes :

Art. 1. — L'expression « affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats » désigne l'ensemble des questions qui, relevant de la compétence d'un Etat déterminé, échappent en même temps à toute décision obligatoire quant au fond d'un organe juridictionnel international, dans les rapports entre ledit Etat et un autre Etat ou la communauté internationale.

Art. 2. — La compétence des Etats est déterminée par le droit international. Cette détermination s'applique non seulement au domaine de la compétence, mais également aux modalités de son exercice en tant qu'elles intéressent d'autres Etats ou la communauté internationale.

Art. 3. — Le domaine réservé à la compétence nationale des Etats est, par définition, juridiquement indéterminé et juridiquement indéterminable. Les limites dans lesquelles la compétence d'un Etat peut être considérée comme « nationale »

sont essentiellement relatives et dépendent du développement des rapports internationaux.

Art. 4. — L'existence d'un engagement d'ordre international dans une matière réservée à la compétence nationale d'un Etat peut être de nature, suivant le cas, à soustraire le problème à la compétence exclusive de cet Etat. L'appréciation de l'importance ou de la portée d'un tel engagement constitue un « point de droit international » au sens de l'art. 36, § 2, litt. *b*, du Statut de la Cour internationale de Justice.

Art. 5. — Le point de savoir si, dans un cas déterminé, l'objet du différend relève ou non de la compétence nationale de l'Etat ne peut être tranché unilatéralement par aucun des Etats intéressés.

Art. 6. — La reconnaissance, dans un cas déterminé, de la compétence nationale d'un Etat n'empêche pas l'exercice, le cas échéant, d'une procédure conciliatrice ou médiatrice entre les Parties.

Vœu annexe :

L'Institut de Droit international exprime le vœu que, lors de l'énoncé de la réserve des questions de compétence nationale figurant dans les déclarations d'acceptation par certains Etats de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, lesdits Etats laissent à la Cour le soin d'apprécier le bien-fondé de cette réserve et s'abstiennent de limiter d'avance la compétence du juge international sur ce problème de qualification.

ANNEXES

Questionnaire préliminaire adressé aux membres de la Commission par M. Ch. Rousseau

Paris, le 30 septembre 1949

1) Estimez-vous que la reconnaissance d'un domaine réservé à la compétence nationale de l'Etat est en soi une institution antijuridique ou qu'elle constitue, au contraire, une règle de droit positif s'imposant au respect des Etats ?

2) Estimez-vous possible de définir à l'avance le contenu de ce domaine réservé ?

3) L'existence d'un engagement d'ordre international dans une matière réservée à la compétence essentiellement nationale suffit-elle à soustraire cette matière à la compétence de l'Etat ?

4) Y a-t-il, selon vous, une différence fondamentale entre l'article 15, § 8 du Pacte de la Société des Nations et l'article 2, § 7 de la Charte des Nations Unies ?

5) Quelle valeur convient-il de reconnaître aux déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice par lesquelles l'Etat intéressé détermine lui-même l'étendue de sa compétence nationale ?

6) Le recours au juge international devrait-il être de droit en pareille matière ?

Observations des membres de la Commission en réponse au questionnaire de M. Ch. Rousseau

1. Réponse de M. Jules Basdevant

New-York, le 25 novembre 1949

Mon cher Confrère et Ami,

J'ai lu avec le plus grand intérêt l'exposé préliminaire que vous avez rédigé en qualité de rapporteur de la deuxième commission de l'Institut de Droit international. Les observations que j'ai l'honneur de vous présenter ont été rédigées par moi dans les plus mauvaises conditions, en l'absence de documentation et spécialement sans pouvoir consulter les travaux antérieurs de l'Institut. Je les présente donc sous toutes réserves et vous voudrez bien les accueillir dans le même esprit.

Le scepticisme que vous manifestez au paragraphe III, 2 a pu être atténué par quelque décision récente et, en conséquence, j'estime que les questions que vous examinez dans votre remarquable exposé pourront bien un jour ou l'autre, sous une forme ou sous une autre, être posées devant la Cour. En conséquence, je ne me sens pas une liberté entière pour répondre à votre questionnaire. Je voudrais donc plutôt vous présenter quelques considérations de méthode.

Si la question du domaine réservé a pris la forme qu'elle revêt de nos jours et à laquelle s'attache votre exposé préliminaire, c'est assurément à la suite de l'article 15, paragraphe 8, du Pacte et de l'article 2, paragraphe 7, de la Charte. Néanmoins, et sous réserve de la terminologie, la notion de domaine réservé à la compétence nationale est une notion plus ancienne.

Quand, par exemple, l'Etat A demande à l'Etat B de modifier ses institutions politiques ou de changer son personnel gouvernemental, l'Etat B résiste d'ordinaire à cette demande

et invoque à ce propos le principe de non-intervention : c'est de sa part affirmer qu'il tient cette modification comme relevant de sa compétence nationale ; la même observation peut être faite à propos de la règle selon laquelle la Cour n'a compétence vis-à-vis d'un Etat qu'en vertu du consentement donné par celui-ci au moyen d'un compromis ou d'une clause de juridiction obligatoire: la juridiction de la Cour repose sur une décision relevant de la compétence nationale de l'Etat intéressé. De même encore a-t-il été énoncé dans le préambule de traités importants que disposer des droits d'un Etat et spécialement de son territoire national relevait de la compétence exclusive de cet Etat. Voilà, et ces exemples pourraient être multipliés, qui dépasse le cadre de l'article 2, paragraphe 7, de la Charte.

De cela, il y a lieu de déduire qu'on ne saurait, en présence de la question portée au programme de l'Institut, se limiter à l'interprétation de l'article 2, paragraphe 7, de la Charte. Une large exploration est nécessaire pour découvrir dans la pratique internationale les principales manifestations d'une notion à laquelle l'article 15, paragraphe 8, du Pacte et l'article 2, paragraphe 7, de la Charte ont seulement donné un intérêt particulier et à propos de laquelle ces textes ont fait surgir le besoin d'une analyse juridique plus poussée, ce qui, au surplus, est la justification de la tâche que vous a confiée le Bureau de l'Institut.

Cette exploration fournira les éléments sur lesquels on pourra utilement se fonder pour répondre aux questions figurant sous les numéros 1 et 2. Elle conduira, d'autre part, à éliminer la question 4, laquelle ne paraît avoir qu'un intérêt historique. Elle devra, enfin, conduire à poser chaque question de manière à faire apparaître si l'on entend la poser en termes généraux, ce qui paraît être conforme à l'objet de l'étude entreprise par l'Institut, ou, au contraire, ne la faire porter que sur l'interprétation de l'article 2, paragraphe 7, de la Charte.

Personnellement, je ne pense pas que le rapport dont vous êtes chargé devrait retenir ce second objet, ce qui conduirait non seulement à préciser la notion du domaine réservé à la compétence nationale, mais aussi à interpréter le terme « essentiellement » employé par ledit article et à déterminer le sens qu'a dans ce texte l'expression « n'autorise pas à *intervenir* ». La tâche du rapporteur en serait singulièrement compliquée et je doute qu'il soit dans les intentions de l'Institut de lui demander une interprétation de cet article de la Charte.

La troisième question énoncée rentre bien, au contraire, dans la tâche qui vous est assignée. Mais peut-être cette question devrait-elle être précisée. Quand un Etat invoque que régler l'attribution de sa nationalité, par exemple, rentre dans sa compétence nationale, il peut s'attendre à ce que cette prétention soit reconnue. Quand on oppose à cet Etat qu'il doit, ce faisant, se conformer à ses engagements internationaux, on ne prétend pas par là éliminer sa compétence de régler l'attribution de sa propre nationalité mais on tend à dire qu'interpréter lesdits engagements n'est pas de sa compétence exclusive. Le départ entre la compétence nationale exclusive et les compétences mixtes doit être soigneusement établi. D'autre part, avant de poser la troisième question, il faudrait, me semble-t-il, en bonne logique, déterminer (ce sur quoi le rapport s'explique mais cela n'apparaît plus dans le questionnaire) à qui revient le soin de délimiter le domaine réservé à la compétence nationale : l'article 15, paragraphe 8, du Pacte faisait sur ce point référence au droit international, ce que l'article 2, paragraphe 7, de la Charte n'a pas repris. Il convient d'examiner ce point et de s'en expliquer.

Ce problème de la détermination du domaine réservé à la compétence nationale doit être d'ailleurs considéré en mettant cette compétence en face : 1° des compétences nationales d'autres Etats, 2° des compétences des organes internationaux.

J'ai des doutes sur l'opportunité de retenir la question 5. Qu'entend-on examiner ? La valeur juridique, la force de droit de la déclaration affectée de cette réserve ? Elle me paraît incontestable. Sa valeur politique, c'est-à-dire l'opportunité d'une telle réserve ? Son examen entraînerait celui des clauses de juridiction obligatoire. Et après tout, les Etats étant libres de ne pas souscrire de telles clauses, sont libres de les assortir de telle réserve qu'ils jugent opportune. On peut regretter qu'ils le fassent sous telle ou telle forme, mais de tels regrets seraient mieux à leur place à propos de l'étude de la juridiction obligatoire.

Le large examen que j'ai ci-dessus suggéré peut conduire à reconnaître que la question 6 est posée en termes trop simples. Plusieurs situations peuvent, en effet, se présenter :

1° Un Etat oppose à un autre que celui-ci soulève une question relevant de la compétence nationale du premier et cela se trouve contesté par le second : c'est là un différend d'ordre juridique qui, d'ailleurs, pourra être incident à un débat politique : estime-t-on que ce différend doit être traité de la même façon ou autrement que tout différend d'ordre juridique ?

2° Au moment où un organe international cherche à s'occuper d'une affaire, un Etat prétend que celle-ci relève de sa compétence nationale. Le Pacte avait prévu ce cas et donnait au Conseil le pouvoir d'apprécier le bien-fondé de cette exception. La Charte ne dit rien sur ce point. En fait, le Conseil de la Société des Nations a parfois demandé à ce propos un avis à la Cour permanente de Justice internationale ou, avant la création de celle-ci, à un Comité de Juristes (affaire des îles d'Aland). Entend-on exiger que toujours l'organe international en face d'une telle exception suive sur ce point la voie juridictionnelle ?

3° L'organe international s'est saisi d'une affaire. Il la suit malgré la résistance de l'Etat qui prétend que cette affaire

est de sa compétence nationale et que, par conséquent, l'organe international devrait s'abstenir et qu'en ne le faisant pas il est en train de commettre ou a déjà commis un excès de pouvoir. On est ici en présence d'un cas particulier d'un problème plus large et tout nouveau : le problème des moyens de défense dont peut disposer un Etat contre les abus de pouvoir des organes internationaux. Ce problème a été rencontré dans diverses circonstances au cours de ces dernières années. Il l'a été notamment à propos de l'élaboration du Statut du Danube de 1921, plus récemment à propos de l'Organisation internationale du Commerce, etc. A ma connaissance il n'a jamais été traité dans son ensemble et ceux qui l'ont rencontré ont été parfois mal préparés à le résoudre. Le droit interne fournit en face de situations analogues la protection juridictionnelle sous diverses formes : procédure d'injonction, recours pour excès de pouvoir, recours en indemnité. Cette question nouvelle et d'un intérêt pratique susceptible d'aller croissant mériterait d'être retenue par l'Institut de Droit international. Elle mériterait de sa part une étude d'ensemble qui pourrait lui être suggérée et cette étude d'ensemble me paraîtrait préférable à un examen se produisant d'une manière incidente à propos de l'étude du domaine réservé, si importante que soit cette question à propos de l'application des principes du droit en cette dernière matière.

Telles sont, mon cher Confrère et Ami, les observations que, sous les réserves que j'ai énoncées tout d'abord, j'ai pensé devoir vous soumettre au sujet de l'étude qui vous a été confiée et de l'exposé préliminaire que le Secrétaire Général de l'Institut a bien voulu me communiquer.

Veuillez agréer, mon cher Confrère, l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Basdevant

2. Réponse de M. J. L. Brierly

Oxford, le 12 décembre 1949

Cher et très honoré Confrère,

J'ai lu avec le plus vif intérêt l'exposé préliminaire que vous avez adressé aux membres de la deuxième Commission de l'Institut, et je vous envoie provisoirement les réponses suivantes au questionnaire que vous avez rédigé.

1. J'estime que la reconnaissance d'un domaine réservé à la compétence nationale de l'Etat est une règle de droit positif s'imposant au respect des Etats.

2. Pour les raisons que vous donnez, il n'est pas possible de définir à l'avance le contenu de ce domaine réservé.

3. L'existence d'un engagement d'ordre international dans une matière réservée à la compétence essentiellement nationale suffit à soustraire cette matière à la compétence de l'Etat.

4. Je me rallie à la liste des différences fondamentales que vous citez entre l'article 15, paragraphe 8, du Pacte de la Société des Nations et l'article 2, paragraphe 7, de la Charte des Nations Unies.

5 et 6. J'estime que nous sommes obligés d'admettre qu'il résulte des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, par lesquelles l'Etat intéressé détermine lui-même l'étendue de sa compétence nationale, que cet Etat est seul juge compétent pour apprécier le bien-fondé de la réserve. Ce résultat me paraît inévitable quoique, d'accord avec vous, j'estime qu'il est tout à fait contraire au principe traditionnel selon lequel l'arbitre ou le juge est juge de sa compétence. Mais j'estime aussi que cette conclusion doit être limitée aux déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire où il y a réserve expresse de la compétence de l'Etat à déterminer

le bien-fondé de la réserve. Elle ne s'applique pas, selon moi, à l'article 2, paragraphe 7, de la Charte. Quant à la suppression de la référence, dans cet article, au droit international, je conserve la conviction, malgré la force indubitable des arguments que vous présentez, que, sauf réserve expresse, la délimitation de compétence entre l'ordre étatique et l'ordre international relève du droit international. Naturellement cela ne veut pas dire que le Conseil de Sécurité est l'organe compétent pour juger de l'exception d'incompétence soulevée en la matière; à la différence de l'article du Pacte, l'article de la Charte ne confère pas pareille compétence. Seul le juge ou l'arbitre international serait compétent pour trancher un différend portant sur la question.

Veuillez agréer, cher Confrère, l'assurance de ma haute considération et de mes sentiments dévoués.

J. L. Brierly

3. Réponse de M. Georges Kaeckenbeeck

Düsseldorf, le 7 février 1950

Cher Confrère,

... D'une manière générale je puis vous dire que je partage vos points de vue, et notamment vos conclusions 1, 2 et 4, pp. 8, 9 et 10. Quant à votre conclusion 3 (pp. 9-10), l'Institut ne pourra s'en inspirer que *de lege ferenda.*

Je reste, bien entendu, à votre disposition pour d'ultérieures discussions, mais ce n'est qu'en me limitant aux quelques remarques ci-jointes que je puis éviter de plus longs délais.

Croyez bien, cher Confrère, à l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Annexe

Georges Kaeckenbeeck

Annexe de la lettre de M. Georges Kaeckenbeeck

1. *Question :* Estimez-vous que la reconnaissance d'un domaine réservé à la compétence nationale de l'Etat est en soi une institution antijuridique ou qu'elle constitue, au contraire, une règle de droit positif s'imposant au respect des Etats ?

Réponse : Telle qu'elle est posée, la question paraît quelque peu théorique. L'article 2, § 7 de la Charte des Nations Unies a incontestablement été accepté par les Membres des Nations Unies, et fait ainsi partie du droit positif des Nations Unies. Cela ne veut toutefois pas dire qu'il fasse partie du droit international général ou qu'il soit conforme au droit international.

Historiquement, il est évident que la constitution de toute organisation internationale soulève nécessairement le problème des limites entre ce qui reste de compétence plus ou moins exclusive des Etats et ce qui devient de la compétence de l'organisation internationale ou de certains de ses organes. Il est donc naturel de trouver des dispositions à ce sujet dans le Pacte de la Société des Nations et dans la Charte des Nations Unies.

Mais, tandis que le Pacte rattachait la détermination des limites de compétence au droit international, la Charte ne le fait plus. On doit se demander si cette différence ne provient pas de la prétention de certains Etats non seulement d'être seuls juges de ce qu'ils font à l'intérieur du « domaine réservé » mais encore d'être seuls juges des limites de ce domaine. En d'autres termes on doit se demander si, en abandonnant le principe que c'est par référence au droit international qu'il faut déterminer les limites des affaires purement domestiques, on n'a pas voulu réserver à l'Etat non seulement sa discrétion à l'intérieur des limites du domaine réservé, mais encore sa discrétion pour fixer ces limites. Si tel était le cas, il n'y aurait pas de critère objectif pour déterminer ce qui est du domaine réservé des Etats.

On peut se demander si une organisation internationale est possible dans ces conditions et si l'article 2, § 7 n'introduit pas dans la Charte un élément non réductible à la notion de droit. Dans ce sens, on pourrait parler d'une institution anti-juridique.

Pratiquement, je crois qu'il y aurait intérêt à montrer :

1) que l'article 2, § 7 n'est qu'une règle conventionnelle valable seulement entre Membres des Nations Unies et dans le cadre de l'ONU,
2) qu'il est rétrograde par rapport à la règle acceptée par la Société des Nations,

3) qu'il ne s'impose pas comme une nécessité de raison,

4) qu'il est impratique, parce que son contenu est non seulement indéterminé, mais juridiquement indéterminable.

2. *Question :* Estimez-vous possible de définir à l'avance le contenu de ce domaine réservé ?

Réponse : Non — pas à l'avance et d'une façon générale. Mais il devrait y avoir une méthode reconnue pour déterminer si, dans un cas concret, une affaire rentre dans le domaine réservé ou non, sans quoi la règle serait futile. Il importe donc au plus haut point qu'il y ait un organe compétent et que cet organe ait un droit ou des critères auxquels il puisse se référer. A cet égard, le critère « relevant essentiellement de la compétence nationale » est déplorablement imprécis.

3. *Question :* L'existence d'un engagement d'ordre international dans une matière réservée à la compétence essentiellement nationale suffit-elle à soustraire cette matière à la compétence de l'Etat ?

Réponse : L'existence d'un engagement d'ordre international ne soustrait pas nécessairement la matière à la compétence de l'Etat, mais oblige l'Etat à exercer sa compétence conformément à l'engagement.

Je me rallie à ce que vous dites pp. 3 et 4 de votre exposé préliminaire.

Si pourtant l'article 2, § 7 a pour effet d'empêcher les organes des Nations Unies d'exercer une compétence quelconque pour contrôler cet exercice, l'obligation reste bien théorique.

4. *Question :* Y a-t-il, selon vous, une différence fondamentale entre l'article 15, § 8 du Pacte de la Société des Nations et l'article 2, § 7 de la Charte des Nations Unies ?

Réponse : Oui — votre analyse des différences me paraît correcte.

Chacune des deux dispositions ne se réfère d'ailleurs qu'à une limite d'intervention d'organes donnés dans un cadre donné.

5. *Question :* Quelle valeur convient-il de reconnaître aux déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice par lesquelles l'Etat intéressé détermine lui-même l'étendue de sa compétence nationale ?

Réponse : L'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour est facultative. Elle peut n'être pas faite du tout, ou être faite dans les limites déterminées par chaque Etat. Même avec des réserves qui en réduisent la portée à presque rien, elle reste, vis-à-vis de chaque Etat, la règle applicable.

6. *Question :* Le recours au juge international devrait-il être de droit en pareille matière ?

Réponse : Oui — mais seule la voie conventionnelle peut rendre ce recours « de droit ».

4. Réponse de M. S. Krylov

La Haye, le 5 décembre 1949

Cher Confrère,

Me conformant à l'invitation du Secrétaire Général adjoint a. i. de l'Institut de Droit international, M. Wehberg, je vous adresse mes observations et mes réponses sur les questions soulevées dans votre exposé préliminaire : « La détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence des Etats ».

1. Pour commencer, je ne pense pas que les auteurs de l'article 2, paragraphe 7, de la Charte, confondent la compétence nationale et la compétence discrétionnaire (p. 3 de votre exposé). Sans doute, ils savaient que la compétence nationale peut être liée par une obligation internationale. Si je ne me trompe pas, c'est ce que M. Dulles a déclaré au sein du Comité 1/1, à San-Francisco, en expliquant le terme « essentiellement ». Vous savez que le texte du paragraphe 7 est dû aux juristes des quatre Puissances convoqués à San-Francisco sur l'initiative de la délégation américaine préoccupée alors des difficultés qui pourraient surgir au Sénat américain au moment de la ratification de la Charte.

2. A la page 4 de votre exposé (la note au bas de la page) vous semblez exprimer l'opinion que le Conseil de Sécurité ne peut pas — au cas prévu par l'article 2, paragraphe 7 — ordonner d'enquête, régler amiablement l'affaire, etc. Je suis de votre avis quant au texte de la Charte mais, semble-t-il, cette limitation des fonctions du Conseil de Sécurité est contredite par la pratique (l'affaire d'Indonésie et autres).

3. Quant à votre remarque sous *b*, à la page 5 de votre exposé, je voudrais dire que la dernière phrase de l'article 2, paragraphe 7, se rapporte implicitement au Conseil de Sécurité.

4. Je trouve qu'il y a une différence capitale entre l'affaire de la Carélie orientale et l'affaire de l'Afrique du Sud. Dans le premier cas, la Russie soviétique n'était pas membre de la Société des Nations. Dans le cas de l'Afrique du Sud, il faut tenir compte du fait que l'Union sud-africaine est l'un des membres originaires de l'O.N.U. (p. 7 de votre exposé).

5. A la page 9, vous parlez de «la méfiance du juge». Je voudrais souligner que cette méfiance se fait connaître *surtout* dans les cas où la Cour internationale de Justice est priée de donner un avis consultatif. On peut expliquer facilement cette tendance, car les demandes d'avis viennent de l'Assemblée générale de l'O.N.U. où l'on constate des profondes divergences politiques.

6. Votre remarque à la même page se référant à la possibilité de soumettre à la Cour internationale le problème de la compétence du Conseil de Sécurité me semble infondée en ce sens que la délimitation de la compétence de cet organe doit être en premier lieu confiée au Conseil lui-même.

7. Quant au « principe traditionnel » selon lequel le juge international a le droit de définir sa propre compétence, je pense que la Cour internationale de Justice doit tenir compte des réserves faites par l'Amérique du Nord et d'autres Etats au moment de leur adhésion à la clause facultative de l'article 36 du Statut de la Cour. Le principe traditionnel est ébranlé par élargissement du domaine réservé.

La tendance générale d'élargir le domaine réservé était tout à fait claire à la Conférence de San-Francisco. On peut constater ceci en analysant le contenu du mémorandum australien, présenté au sein du Comité 1/1 par M. Evatt. Dans ce mémorandum, celui-ci voulait exclure la possibilité de l'intervention de l'Organisation des Nations Unies dans *toutes* (sans exception) les questions où la paix est menacée. C'est seulement dans les cas où il est nécessaire d'appliquer les mesures de

coercition que l'intervention de l'O.N.U. peut avoir lieu. M. Evatt déclarait que cette conception élargie du domaine réservé défend, en premier lieu, les droits des petits Etats et des Etats moyens qui ne peuvent pas utiliser le veto au Conseil de Sécurité. On a eu aussi à San-Francisco l'impression qu'il fallait élargir le domaine réservé pour écarter les difficultés qui pourraient surgir de l'élargissement de la compétence du Conseil économique et social et de l'Assemblée générale.

En conclusion, je voudrais vous présenter mes réponses aux questions posées par vous en qualité de rapporteur. Elles sont les suivantes :

ad 1) C'est une règle de droit international positif découlant de la souveraineté de l'Etat.

ad 2) Il n'est pas possible de définir à l'avance le contenu du domaine réservé. C'est seulement dans les cas concrets qu'on peut trouver les arguments nécessaires pour se servir de la clause du domaine réservé.

ad 3) L'existence d'un engagement international ne fait que limiter le domaine réservé, mais celui-ci, néanmoins, existe.

ad 4) L'article 2, paragraphe 7, de la Charte des Nations Unies a une portée générale, c'est un des principes généraux de la Charte, tandis que l'article 15, paragraphe 8, du Pacte de la Société des Nations (et le texte de Dumbarton Oaks proposé par feu M. Malkin) n'avait qu'une portée limitée.

ad 5) Les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour ne donnent qu'une délimitation générale du domaine réservé, ce qui n'exclut pas le droit de l'Etat de se référer au domaine réservé dans un cas concret au delà des limites définies dans la clause facultative (comparer *ad* 2).

ad 6) Le recours au juge international dans cette matière ne donnerait, semble-t-il, pas de résultat utile.

S. Krylov

5. Réponse de M. Charles De Visscher

Bruxelles, le 11 octobre 1949

Je suis, de façon générale, d'accord avec les vues que vous développez dans votre avant-projet. Les points essentiels y sont clairement dégagés.

Je ne vois pas dans la notion et la reconnaissance d'un domaine réservé une « institution anti-juridique », mais il me paraît nécessaire de rappeler dans quel ordre de matières se posait, sous le régime du Pacte de la S.d.N., le problème de la compétence exclusive. La C.P.J.I. (avis consultatif n° 4) a très bien indiqué que le problème ne surgit qu'au sujet de « matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux intérêts de plus d'un Etat, ne sont pas, en principe, réglées par le droit international. En ce qui concerne ces matières, chaque Etat est seul maître de ses décisions. » Il s'agit donc de ces zones frontières — d'ailleurs mouvantes — où l'intérêt international n'a pas encore trouvé une réglementation internationale adéquate. Je ne crois pas qu'à cet égard l'article 2, paragraphe 7, de la Charte ait modifié la position du problème.

Il est impossible de définir à l'avance le contenu du domaine réservé. Ainsi que l'a marqué la Cour dans l'avis précité, c'est là une « question essentiellement relative : elle dépend du développement des rapports internationaux ". C'est dire que l'intérêt du problème est moins dans la détermination des matières qui appartiennent au domaine réservé que dans l'examen des tendances, progressistes ou réactionnaires, qui président à sa délimitation.

Les travaux préparatoires de la Conférence de San-Francisco ne laissent guère de doute sur les intentions qui ont déterminé l'élimination dans l'art. 2, paragraphe 7, de la référence au

droit international comme critère du domaine réservé. Je suis d'accord avec ce que vous dites à ce sujet. La rédaction de certaines déclarations portant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour est dans la ligne de l'art. 2, paragraphe 7.

Assurément, on ne doit pas prêter aux auteurs de la Charte la thèse selon laquelle la délimitation du domaine réservé et de l'ordre international, en tant que problème général, relève désormais de la libre décision de chaque Etat. Je pense — et je me réfère ici à ce que j'ai dit plus haut — qu'ils n'ont voulu viser que les seules matières où une contestation peut raisonnablement se concevoir, en raison même de l'état encore imparfait du droit international. Malheureusement, l'intention de donner aux Etats une plus grande latitude dans la détermination des questions relevant du domaine réservé n'en est pas moins certaine. Elle ressort également de la substitution de la rédaction nouvelle : « affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale » à la rédaction : « questions que le droit international laisse à la compétence exclusive ». Elle ressort surtout de l'absence de toute indication d'un organe international impartial appelé à statuer en cas de contestation.

Au total, l'esprit qui a inspiré le texte nouveau est certainement différent de celui qui avait dicté la rédaction de l'art. 15, paragraphe 8 du Pacte de la S.D.N. Celle-ci favorisait l'évolution du droit international en facilitant, par voie d'interprétation gouvernementale ou judiciaire, le passage de certaines questions du domaine réservé dans celui de la réglementation internationale. On ne peut pas en dire autant de la rédaction de l'art. 2, paragraphe 7, de la Charte.

Les engagements d'ordre international contractés par un Etat dans une matière réservée à la compétence nationale ont pour effet de soustraire cette matière à la compétence exclusive

de cet Etat dans la mesure où elle est ainsi réglementée. Je précise : compétence *exclusive* car, comme l'a indiqué la Cour (avis précité), « il ne s'agit pas d'examiner si l'une des parties en cause est ou n'est pas compétente en droit pour faire ou ne pas faire telle ou telle chose, mais bien si la compétence qu'elle revendique est exclusive ».

Ch. De Visscher

6. Réponse de M. Hans Wehberg

Genève, le 6 décembre 1949

1) J'estime que la reconnaissance d'un domaine réservé à la compétence nationale de l'Etat constitue une règle de droit positif. Cette règle doit être appliquée par une juridiction internationale même en cas d'absence d'une disposition spéciale s'occupant de cette matière dans la déclaration d'acceptation de la juridiction internationale.

2) Je crois qu'il n'est pas possible de définir à l'avance d'une manière exacte le contenu du domaine réservé, parce qu'il change selon le développement de l'ordre international. Il faut examiner dans chaque cas s'il s'agit d'une question ressortissant à la compétence nationale ou d'une question internationale.

3) Chaque fois qu'il existe un engagement d'ordre international dans une matière réservée à la compétence essentiellement nationale, cette matière devient une question d'ordre international. Cette règle s'applique surtout s'il s'agit d'un acte d'un Etat qui est en principe dans la compétence essentiellement nationale, mais qui viole des obligations acceptées par les Membres des Nations Unies dans la Charte, par exemple le respect des droits de l'homme.

En dehors du cas de l'existence d'un engagement d'ordre international, une affaire ressortissant en principe à la compétence nationale peut devenir une question d'ordre international, si les nécessités de l'Organisation internationale le demandent [1]. Un des buts principaux de l'article 2, § 7 semble être la déli-

[1] Voir mon article : Der nationale Zuständigkeitsbereich der Staaten nach der Satzung der Vereinten Nationen, *Archiv des Völkerrechts*, 2. Band, 3. Heft (1950), pp. 259-298.

mitation entre la compétence des Etats Membres et celle de l'Organisation elle-même. Une affaire n'est plus une question de compétence essentiellement nationale si, par ses répercussions internationales, elle entrave la réalisation des buts et principes de l'Organisation d'une manière incompatible avec la Charte. Un exemple est le cas où une question laissée en principe à la compétence essentiellement nationale a pour conséquence une menace de guerre ou une guerre.

L'article 2, § 7 de la Charte prévoit dans sa dernière phrase que la réserve de la compétence essentiellement nationale d'un Etat ne peut jamais porter atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au chapitre VII de la Charte. Cette phrase est superflue, parce qu'au moment même où une affaire menace la paix, elle sort du domaine essentiellement national pour devenir une question d'ordre international. Il est vrai que M. Evatt (Australie) a voulu faire une distinction à San-Francisco[1] entre la question de fond qui restait, selon son opinion, une question ressortissant à la compétence essentiellement nationale même si elle menaçait la paix, et la question de la prévention de la guerre qui seule pouvait être regardée comme une question d'ordre international. Mais sa distinction n'est pas acceptable. Par le seul fait d'une menace de guerre une question sort du domaine réservé et devient une question internationale, et le Conseil de Sécurité peut s'occuper aussi du fond de la question[2].

[1] *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'Organisation internationale*, San-Francisco 1945, tome VI, p. 445 : « Avoir recours à des mesures de coercition pour restreindre l'agression ne signifie aucunement intervenir en quoi que ce soit dans une question de juridiction interne. » Cf. aussi Paul Berthoud, « La compétence nationale des Etats et l'Organisation des Nations Unies », *Annuaire suisse de Droit international*, IV, 1947, p. 42.

[2] Cf. H. Lauterpacht, *Académie de Droit international. Recueil des Cours*, 1947, I, tome 70, pp. 26, 34, 53.

4) Il y a une différence importante entre l'article 15, § 8 du Pacte de la S.d.N. et l'article 2, § 7 de la Charte. Mais regardée à la lumière des travaux préparatoires de San-Francisco, cette différence n'est peut-être pas fondamentale. Un des buts de l'amendement des quatre Puissances invitantes à San-Francisco était d'adapter mieux la réserve aux conditions de la vie internationale. On peut par exemple constater que l'élimination des mots « le droit international » ne peut empêcher que l'étendue de la compétence essentiellement nationale soit décidée en dernier lieu par l'ordre international.

La nouvelle formule est certainement beaucoup moins claire que la formule du Pacte de la S.d.N. Mais ce sera la tâche des organes des Nations Unies que de l'interpréter d'une manière raisonnable. Il faut donner aussi aux mots « intervention » et « procédure de règlement » leur vrai sens.

5) La clause de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour par laquelle certains Etats se sont réservé le droit de déterminer eux-mêmes l'étendue de leur compétence nationale me semble être une réserve qui est en contradiction avec les nouvelles tendances du droit international. Elle nie la juridiction obligatoire de la Cour sur une question de la plus grande importance.

6) Il est conforme à l'esprit de la Charte et aux nouvelles tendances du droit international que la question de savoir s'il s'agit dans un cas d'espèce d'une matière ressortissant à la compétence essentiellement nationale soit décidée par le juge international. Mais par cette constatation, il ne faut pas exclure la compétence de l'Assemblée générale, du Conseil de Sécurité, etc.

Hans Wehberg

II. Les effets internationaux des nationalisations

(Troisième Commission)

Rapport et projet de Résolutions définitifs

présentés par

M. A. de La Pradelle

A.

Rapport provisoire [1]

Ce fut un très grand honneur pour moi de recevoir, du Bureau de notre Compagnie, la mission d'orienter ses travaux dans l'approfondissement du problème de la nationalisation dans la vie internationale.

Nul sujet n'est en effet plus important, plus complexe et plus grave.

Passage du secteur privé au secteur public pour le technicien des grands travaux, revendication de biens perdus par la nation sous le joug d'un oppresseur étranger pour le patriote, réclamation par la colère populaire dans un Etat sans classe

---

[1] Le rapport provisoire fut envoyé aux membres de la troisième Commission le 20 janvier 1950. La composition de cette Commission est celle-ci : Rapporteur : M. A. de La Pradelle. Membres : MM. Bagge, Guggenheim, Hobza, Idman, Kuhn, Lauterpacht, Rolin, Sauser-Hall, Verzijl, Wehberg et Wehrer.

de droits égaux à la communauté de la terre dans la communauté du travail, la nationalisation porte l'espérance des uns et la crainte des autres.

Les principes sur lesquels reposaient des siècles de civilisation hésitent. Le respect des droits acquis en avait été jusqu'alors la base. Pourra-t-il se maintenir ou devra-t-il céder, et s'il cède, dans quelle mesure ? A cette question plus d'un, parmi les juristes, sera-t-il tenté de répondre que d'un tel problème la solution ne peut relever que de l'histoire du monde et non pas du tribunal du monde. Autrement dit, c'est entre coalitions de forces que se réglera le grand conflit. Mais dans ces forces, s'il y a des éléments de matière, n'entre-t-il pas des éléments d'esprit ? Sans attendre la formation dans l'Etat unique — vraie chimère — du tribunal appliquant à l'unanimité des formations humaines un code unique, uniforme, universel — autre chimère — n'est-il pas possible de chercher une solution de justice, dans une sage administration de l'univers pour une amélioration progressive de l'organisation du monde ? N'est-il pas le devoir du technicien de la paix de préparer, dans l'examen des principes, dûment vérifiés, et des procédures, dûment revisées, un équipement international qui permette de traverser une grande crise, qui n'est au fond qu'une crise de croissance, en dégageant, des moyens actuels, la possibilité d'interdire aux tentations anarchiques d'une oppression dictatoriale de s'introduire dans la perversion d'un univers privé de variété comme de liberté ?

C'est dans cet esprit que je voudrais aborder le problème.

I. Origines historiques : guerre et misère

La nationalisation est un phénomène qui se présente avec une force croissante. D'abord elle se manifeste sous la forme égoïstement anodine de modestes emprises fiscales : monopole

du soufre, en Sicile ; des assurances, en Italie, en Uruguay ; du pétrole, en Espagne. Puis apparaissent les grandes revendications par la nation, à la faveur d'une guerre libératrice, des biens distribués jadis par le vainqueur aux fossoyeurs de l'indépendance, en Tchécoslovaquie, en Roumanie, en Yougoslavie.

Il ne s'agit encore ici que d'une reprise de terres pour une réforme agraire. Mais la Russie porte la nationalisation à la cime. A la suite de la Révolution de 1917, des masses considérables d'hommes, habitués par de longs siècles à la soumission, passant d'un absolutisme à l'autre, réalisent, sous des chefs énergiques, la nationalisation quasi totale voulue par le marxisme. Et toutes les ressources d'une diplomatie qui n'a pas de scrupules — pour elle préjugés — s'emploient à faire accepter la réforme, en privant les nations occidentales de leurs investissements sans indemnité, ce qui fait de la nationalisation une expropriation confiscatoire.

Entre la nationalisation et la guerre, un rapport se forme. Car la guerre accroît la misère et la misère ébranle la stabilité des institutions.

A la veille de l'ouverture des hostilités de 1939, la défense de la propriété ne fait encore qu'un avec celle de la liberté. Mais, dans la seconde guerre mondiale, la Russie, qu'attaque l'Allemagne, se joint aux défenseurs de la liberté, ce qui, par voie de conséquences, amène la « France libre » à se rapprocher d'elle dans la revision du régime de la propriété. Les Etats-Unis, également vainqueurs et grands vainqueurs, fidèles à la déclaration de Virginie, restent pénétrés de la valeur interne et internationale du respect des droits acquis. Avec l'Angleterre ils viennent de protester en 1938 contre l'atteinte du Mexique aux droits des firmes frappées par l'expropriation du 18 mars 1938. Après quelque dix années de silencieuse patience, ils ont en 1938-39 ouvert avec le Mexique une grande

controverse diplomatique sur la validité de la première réforme agraire du Mexique à l'encontre des propriétaires américains. « Vous nous parlez démocratie », disent-ils ; « la véritable démocratie n'est pas d'exproprier sans indemnité par la nationalisation des terres : c'est d'améliorer le bien-être du fermier par un plus large usage de l'électricité à des taux raisonnables, l'assurance contre la vieillesse et le chômage, la réduction des droits de douane, la protection du travailleur contre l'insuffisance du salaire, du débiteur contre l'oppression du créancier, la réduction et la suppression des monopoles, l'élévation du niveau de la vie. » Pour être démocrate, il n'est pas nécessaire d'imiter les Soviets. La « France libre » au contraire laisse se créer cette équivoque que l'accomplissement du programme socialiste des nationalisations, fussent-elles imposées sans indemnité correspondante, est la seule manière de répondre à l'idéal démocratique. S'inspirant de paroles prononcées à maintes reprises — le 18 mars 1944 à Alger, le 12 septembre 1944 au Palais de Chaillot, le 1er octobre 1944 à Lille, par le général de Gaulle — le gouvernement procède, sur la base de confiscations (ordonnances du 13 décembre 1944, du 16 janvier 1945), à la nationalisation des Houillères, des Usines Renault, des sociétés de moteurs d'avions et l'Assemblée Nationale dans sa dernière séance (3 août 1945) entend le ministre de l'Economie nationale, M. René Pléven, clamer ce cri de détresse : « Nous moderniser (en nationalisant) ou mourir. » Le général de Gaulle, inspirateur de la réforme, avait dit dès l'origine (25 juillet 1944) devant l'Assemblée Consultative : « En utilisant les séquestres et les réquisitions, la loi nous donne tous les moyens nécessaires pour mettre à la disposition de la nation la direction et l'exploitation des grandes sources de la richesse commune et suspendre le jeu de ces vastes conjonctures et combinaisons d'intérêts qui n'ont que trop pesé sur l'Etat et sur les citoyens. » Et l'application que l'ordon-

nance du 16 janvier 1945 en faisait aux Usines Renault montrait bien que la nécessité de la réforme, lorsqu'il n'y aurait plus de biens à confisquer, continuerait à réduire le plus possible, si même elles étaient conservées, les indemnisations : « Une distinction s'impose, disait M. Marcel Poinbœuf (13 août 1945), entre les porteurs privés auxquels non sans raison on s'intéresse sur tous les bancs de cette assemblée, et ce que l'on pourrait appeler les porteurs collectifs, c'est-à-dire les groupes financiers plus ou moins clandestins. Il est bien évident que lorsqu'il s'agira de procéder à des indemnisations, des ventilations devront être faites entre les deux catégories de porteurs. » « Dans la voie de l'indemnisation, nous avons obéi, dit M. Bourgoin, socialiste, à un double souci : celui d'éviter les spoliations, et aussi celui de détruire le capitalisme et de ne pas faire d'indemnisations qui le reconstruisent à côté de nous... » Et il continuait par cet aveu : « Certes nous ne nous dissimulons pas que le procédé d'indemnisation que nous avons choisi comporte une certaine part d'arbitraire. » En même temps était invoqué par M. Pléven lui-même « l'exemple du gouvernement des Etats-Unis, ce pays où l'entreprise privée s'épanouit avec tant de liberté ». « Lorsqu'il a eu à développer un grand progrès économique sur le plan de l'énergie électrique, il a constitué le Tennessee-Valley-Authority, qui est l'une des plus grandes entreprises nationalisées du monde. » Il ne s'agissait pas alors d'une nationalisation opérée sans indemnité ; mais, de cela, il n'était pas question. Ainsi une confusion naissait, qui favorisait les réformes. La Tchécoslovaquie ne se contentait plus, comme en 1920, d'une réforme agraire. Le 27 octobre 1945, elle nationalisait les mines, certaines entreprises industrielles, les banques, les compagnies d'assurances. Dans une interview donnée au *Manchester Guardian*, le Président Bénès en expliquait les raisons, dont la principale était d'ailleurs extérieure au fond du problème,

puisque après avoir expliqué la nécessité de procéder à la dévolution des biens allemands issus de l'oppression nazie, il invoquait l'exemple soviétique de la Russie voisine. Sous cette même influence, le changement de secteur s'accomplissait en Pologne (loi du 3 janvier 1946) ; en Yougoslavie (loi du 6 décembre 1946) ; en Bulgarie, dès la fin de la même année ; en Roumanie; et déjà des difficultés naissaient, des protestations commençaient : de la France, de la Belgique, de la Grande-Bretagne, des Etats-Unis à la Pologne, à la Tchécoslovaquie, à la Yougoslavie et de la Suisse et de la Belgique à la France. Sur une liste, où ne figuraient que des Etats économiquement et politiquement faibles, hors la Russie, s'inscrivaient des Etats forts. Les Etats-Unis restent fidèles à leur maxime de base : respect des droits acquis. Les autres, ou la contestent, ou la laissent fléchir. Un grand assaut se donne entre deux principes : primauté du droit acquis, c'est-à-dire consolidation sur la confiance ; primauté de la réforme. Toute la sûreté du passé contre l'incertitude du turbulent avenir : le tout autour de la propriété, notion jadis éclatante et maintenant affaiblie, vacillante.

II. L'ébranlement international du droit acquis

Ce qui fait la difficulté du problème, c'est qu'il est rare de voir ici des positions prises dans la pratique avec la complète franchise d'une absolue vérité vis-à-vis d'une nationalisation sans indemnité. Les Soviets eux-mêmes ne prétendent pas nier la propriété complètement, mais sous certaines formes, ce qui leur permet de ne pas s'opposer à la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, à la III[e] Assemblée générale des Nations Unies. Si l'on veut avoir une expression absolue du droit de nationaliser sur le plan inter-

national, sans indemnité, il faut prendre, soit le texte du jugement tchécoslovaque de la Cour d'appel de Brno (8 octobre 1927) soit l'échange de notes Cordell Hull (21 juillet 1938) — Eduardo Hay (3 août 1938) : là les deux thèses se heurtent dans la plénitude, mais c'est un heurt purement théorique puisqu'en définitive l'arrêt de la Cour de Brno se place à l'époque où la loi tchèque de 1920 sur la réforme agraire promet l'indemnité, la seule question pendante restant celle de l'assimilation de l'étranger aux nationaux dans le quantum de cette indemnité ; d'autre part entre le Mexique et les Etats-Unis, lorsque le Secrétaire Hull propose l'arbitrage, son collègue mexicain répond qu'il l'accepte bien volontiers, parce qu'en définitive, alors qu'il pourrait refuser le paiement, il se borne à le différer. Les indemnités sont toujours promises ; mais les promesses faites ne sont pas tenues. Ainsi le droit de propriété individuel de l'homme n'est pas nié, il est simplement ébréché. Les déclarations verbales sont plus fortes dans la rhétorique prudente des mots que dans l'efficacité des actes. Il s'ensuit un certain décalage auquel les Etats-Unis, grands partisans de l'entreprise privée et défenseurs de la propriété individuelle, font une part très sage lorsqu'ils transforment les exigences du plein respect littéral de la Déclaration des droits en ces seules conditions : non plus nécessité, mais simple utilité, non plus paiement *préalable*, mais simplement *prompt*, alors que d'après la déclaration de Virginie reproduite dans celle de France, art. 17, aucune privation de propriété n'est permise sans que la « nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

Dans la Constitution du 27 octobre 1946, la France « réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

Elle vient au même moment d'élaborer tout un programme de nationalisation : Banque de France (loi du 2 décembre 1945) ; Electricité-Gaz (loi du 8 avril 1946 complétée par la loi du 21 octobre 1946) ; sociétés d'assurances et de capitalisation (loi du 25 avril 1946, décret du 2 octobre, loi du 7 octobre). Ainsi pour elle la nationalisation ne diminue en rien la valeur de la Déclaration de 1789. Pourtant il faut bien constater qu'il n'est plus question d'un « droit inviolable et sacré », que l'article 17 relatif à la nécessité pour l'expropriation de répondre aux quatre conditions : nécessité publique — manifeste constatation — paiement préalable — juste indemnité — n'est plus rappelé *in terminis*, mais visé par rappel.

Si le droit de propriété est ainsi maintenu, ce n'est plus comme un droit fondamental, un droit de base. Il ne faut pas en effet que son respect puisse servir le capitalisme contre le socialisme et pour en être plus sûr, après l'avoir relégué sous forme de renvoi dans un préambule où il s'amenuise, le constituant précise par un article aussi clair qu'énergique : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. » C'est seulement dans le cadre de la famille que la propriété peut dépasser l'individu, car la nation assure à l'un ou à l'autre (pourquoi *ou* et non pas *et* ?) les conditions nécessaires à leur développement. Aussi n'a-t-on plus à s'étonner quand on rencontre à l'article 17 de la Déclaration universelle du 10 décembre 1948 (article 17, correspondant par son numérotage, mais par lui seul, à l'article 17 de 1789) cette double déclaration :

1. « Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. »

2. « Nul ne peut être *arbitrairement* privé de sa propriété. »

Mais qu'est-ce que c'est que l'*arbitraire* ?

III. La résistance de la propriété privée

La notion de propriété privée s'efface en regard de la propriété étatique. Elle diminue en éclat — elle n'est plus « inviolable et sacrée ». Elle ne met plus dans la consolidation du droit acquis, c'est-à-dire dans la stabilité des situations prises conformément à la promesse du droit, la garantie totale de l'effort universel — ou du moins elle ne le met qu'après la réforme du droit. Ce n'est pas supprimer le titre ; c'est seulement ouvrir la voie à la discussion de ce titre. Le droit acquis mérite-t-il de rester acquis ? Sans doute, le pouvoir de l'individu, sur la conservation de son bien, dans son intérêt privé, est-il plus faible que, dans l'intérêt général, celui de l'Etat, sous la loi duquel s'est créé ce bien. Mais entre ce pouvoir et celui de l'Etat, la différence ne porte que sur la forme, et, si l'on peut dire, le visage du bien, non la valeur, en prix d'achat, de ce bien. Ce remplacement exact, dans le temps et dans l'espace, valeur et titre, a pour effet que la propriété n'est pas atteinte, avec l'article 17 de la Déclaration de 1789. Mais dès que les conditions de cet article fléchissent, la propriété n'est plus la notion hors d'atteinte, inébranlable, qui servait de soutien, dans le maintien des situations régulièrement acquises, à la protection par le droit, hors de tout coup de force, de l'ordre pacifique du monde, à la *tranquillitas ordinis*.

Cet ébranlement est dangereux, et, pour obvier au danger, pendant que le fléchissement des assises sociales commence, le raidissement s'opère et la résistance se produit.

Dès le 13 février 1918, l'ambassadeur des Etats-Unis en Russie avait remis au Commissariat du peuple pour les affaires étrangères à Petrograd une déclaration au nom des représentants de quatorze Puissances alliées et associées et de six Puissances neutres qui contenait le passage suivant :

« En vue d'éviter tout malentendu à l'avenir, les représentants

de toutes les Puissances étrangères accréditées à Petrograd déclarent qu'ils considèrent les décrets concernant la répudiation des dettes de l'Etat russe, la confiscation de la propriété et les autres mesures analogues comme sans effet en tant qu'elles concernent leurs nationaux. »

Le 12 juillet 1925, le secrétaire d'Etat Hughes écrivait à Samuel Gompers :

« Dans le cas du régime actuel en Russie, il y a eu... une répudiation des obligations qui sont inhérentes à l'« intercourse » international et un défi aux principes qui constituent le fondement unique de cet « intercourse ». »

Puisque les Etats de la communauté juridique ne pensent pas de même au sujet de la propriété, conçue comme un fondement de la paix, absolu, suivant les uns, relatif, suivant les autres, il s'ensuit que chacun des premiers refuse effet sur son territoire aux mesures prises, sur le leur, par les autres. Dès lors, quand les Soviets nationalisent les navires marchands russes, par une dépossession sans indemnité (affaire de la *Ropit*), puis les réclament, ou mieux, les ayant pris sans indemnité, les font revendiquer par d'autres auxquels ils les cèdent, les tribunaux français et britanniques, auxquels ils demandent d'en ordonner la livraison, s'y refusent, encore que les premiers avec plus de netteté dans le motif que les seconds.

D'autre part, distinguant nation et gouvernement, les membres de la communauté politico-juridique peuvent refuser au gouvernement une reconnaissance qu'ils ne refusent pas à l'Etat. Aussi la Tchécoslovaquie, naissant à la vie juridique internationale par une reconnaissance comme nation, suivie d'une reconnaissance comme belligérant, puis d'une reconnaissance comme Etat, n'a garde, dans sa loi de réforme agraire de 1920, d'omettre la promesse d'une complète indemnité. Aussi, pour faire pression sur les Soviets, les Puissances alliées et associées pourront-elles déclarer retarder les reconnaissances

de jure des Soviets jusqu'au retrait par ceux-ci de leurs mesures spoliatrices : la conséquence en sera que les Russes aux Etats-Unis resteront en possession de leurs biens sous l'ancienne loi russe. Mais cette situation ne peut être que temporaire. Et d'ailleurs, si la mesure spoliatrice est forcée par là de rester confinée, vis-à-vis des ressortissants, sur le territoire, cette même mesure conserve, au regard des étrangers sur ce même territoire, les effets contraires à la conception d'un ordre juridique basé sur l'assise fondamentale du respect des droits acquis.

Dès lors, la mesure de pression est rapportée, peu à peu, comme inefficace, chez les grandes nations, alors surtout qu'on fait espérer à leurs sociétés financières, nationalisées sur tel ou tel secteur, d'être remises en possession sur un autre, retrouvant ainsi l'équivalent des concessions perdues. Mais, tandis que le général de Gaulle annonce l'intention de laisser au secteur privé la plus grande part de l'économie française, les Soviets au contraire entendent ne lui laisser qu'une part infime de l'immense Russie. Habitués à jouer des rivalités des Puissances étrangères pour s'en débarrasser en les prenant tour à tour par l'avantage individuel de propositions particulières, ils se gardent bien de rayer le mot *propriété* de leur vocabulaire juridique, et, bientôt, les nécessités du commerce amènent avec elles la reprise de relations diplomatiques.

Entre les deux guerres, sur près de 60 Etats indépendants, l'U.R.S.S. se fait admettre aux relations diplomatiques avec les 24 suivants : Allemagne, Italie, Iran, Chine, Japon, Grande-Bretagne, France, Afghanistan, Etats-Unis, Turquie, Finlande, Estonie, Suède, Grèce, Belgique, Roumanie, République parlementaire de Touvim, Lithuanie, Norvège, Hongrie. (Cet ordre est établi suivant l'énumération que donnent les *Izwestia* du 18 septembre 1939, n° 217-6987, et voir *Revue de Droit International*, XXIV, 1939, II, p. 173.)

Si l'on veut se défendre contre une poussée agressive des nationalisations, dans la Société internationale, il reste encore un procédé, d'autant plus accessible que le mot « propriété » n'est pas *absolument*, mais seulement *relativement* rayé du vocabulaire juridique.

La nationalisation des patrimoines étrangers ne doit pas être, juridiquement, permise, lorsqu'elle aura été interdite expressément, soit dans le cas d'espèce d'une concession privée, soit dans le règlement général d'un traité d'établissement, portant garantie que les biens, meubles et immeubles, s'ils sont étatisés, ne le seront pas sans indemnité adéquate. Ainsi les nationalisations peuvent, quel qu'en soit l'intérêt, être ajustées, quant à l'indemnité, sur la conception selon laquelle la propriété ne peut être prélevée sans être dûment compensée (voir à cet égard les pourparlers des Soviets offrant des concessions et même des contrats, et, plus spécialement, le traité danosoviétique de 1923).

Là se fait la rencontre des deux systèmes. Si faible qu'elle soit, elle glisse une lueur d'harmonie et, par la porte ouverte du contrat, garde à la conciliation, en quelques cas, un espoir.

Nous apercevons ainsi que, dans la communauté juridique internationale, le contrat, concession ou traité, a plus de force unificatrice, car il lie, que la propriété, qui divise.

IV. Le double régime international de la privation de la propriété par la détermination de l'arbitraire : expropriation et nationalisation

Nul ne peut être privé de sa propriété par une mesure arbitraire. Mais où commence l'arbitraire ?

Grâce aux constatations précédentes, il nous est possible d'en repérer, de proche en proche, un certain nombre d'exem-

ples : d'abord en cas de garantie promise par le traité ou par la loi *après la réforme*, la violation de la promesse faite, car alors que la propriété est une notion qui décline, l'obligation de tenir la parole donnée en est une qui ne décline pas, mais au contraire survit et sur laquelle une communauté juridique, indispensable à la vie internationale, fût-ce la plus simple et la plus réduite, peut commencer peu à peu à se reformer après l'orage.

Mais du moment que cette première atténuation au pouvoir discrétionnaire de la « souveraineté économique » de l'Etat est possible *après la réforme*, il n'y a pas de raison pour que toute concession du même ordre, même antérieure à la réforme, y fasse exception, non sans doute en ce qu'elle se réalise en soi, mais en ce qu'elle se réalise dans la plénitude de son énergie réformatrice, c'est-à-dire sans indemnité. Cette solution peut dès maintenant invoquer en sa faveur un précédent de jurisprudence, celui des trois décisions des tribunaux arbitraux mixtes statuant sur le différend devenu célèbre sous le nom d'*affaire des optants hongrois*. L'article 250 du traité de Trianon était ainsi conçu : « Nonobstant les dispositions de l'article 232 et de l'annexe de la section 4, les biens, droits et intérêts des ressortissants hongrois... situés sur les territoires de l'ancienne monarchie austro-hongroise, ne seront pas sujets à saisie ou liquidation, en conformité de ces dispositions. Les réclamations, qui pourraient être introduites par les ressortissants hongrois en vertu du présent article, seront soumises aux tribunaux arbitraux mixtes, prévus par l'article 239. » Ce texte couvrait-il les ressortissants atteints dans leurs biens par une expropriation, sans suffisante indemnité, au titre d'une réforme agraire ? Saisis de cette question, les tribunaux arbitraux mixtes se sont vu opposer par les Etats réformateurs, Roumanie, Tchécoslovaquie, Yougoslavie, une exception d'incompétence qui par trois fois, à Paris le 10 janvier 1927, sous

une présidence suédoise, à La Haye le 31 janvier 1929, sous une présidence suisse, à Lucerne le 14 mai 1929, sous une présidence néerlandaise, fut uniformément écartée. Il est vrai que, par une résistance également regrettable à la chose jugée arbitrale et à la loi du contrat, la Roumanie, après avoir retiré son juge, en appela, par un véritable coup de force, à la Société des Nations qui, pour pacifier l'incident, dut procéder à la constitution d'un fonds indemnitaire, avec l'appui financier de grandes nations, dont la France. (Je me permets de renvoyer à cet égard aux différentes études qui ont paru alors, sous ma signature et quelques autres, dans la *Revue de Droit International*, 1927, 1928, 1929.)

En même temps que nous trouvons ici un cas concret d'arbitraire — atteinte à la propriété malgré la promesse faite à des vaincus dans les traités de victoire — nous apercevons un nouvel et troisième exemple d'arbitraire : la présentation comme réforme agraire d'une mesure de guerre et de liquidation. Dès lors, pour que la réforme soit exempte d'arbitraire, apparaît-il nécessaire qu'elle soit vraiment sincère, c'est-à-dire pure de toute pensée étrangère au but réformateur. Quand se trouvent en conflit deux intérêts, celui d'un individu et celui d'un Etat, il importe que le premier cède au second, mais seulement dans la franchise, car ni la dissimulation, ni le dol ne peuvent réclamer d'être la source d'une préférence, le titre d'un droit. Procéder de la part de l'Etat réformateur avec une autre pensée que celle de la réforme, c'est un détournement de pouvoir, un abus de droit.

De cette première conséquence, en sort une seconde. L'Etat réformateur, pour se décharger de tout soupçon, songera peut-être à se couvrir en étendant à ses propres nationaux, en très petit nombre d'ailleurs, l'application de la réforme, pour faire croire que celle-ci, non discriminatoire, n'est en rien inspirée par un esprit hostile. Mais alors il ne sera pas tenu compte de

la manœuvre. Car la Cour permanente de Justice internationale a déclaré : il ne suffit pas de quelques applications aux nationaux pour changer, de particulière en générale, une législation qui vise surtout une certaine catégorie de minoritaires et, par déduction du même principe, toute une catégorie d'étrangers. Là encore dans la détermination, par des exemples, de ce que peut être l'arbitraire, nous trouvons l'appui de la jurisprudence. Toute mesure nationalisatrice dont le seul motif serait une libération de l'emprise étrangère volontairement acceptée dans un « intercourse » régulier, est contraire au droit, et si, frappée d'arbitraire, elle peut se réaliser par la pression de la force, elle ne se défend pas devant le droit. Or, pour donner le rendement effectif qu'elles se proposent, les nationalisations doivent se poursuivre en prenant l'habitude de se régulariser suivant le droit.

Est-ce à dire que dès l'instant que la mesure s'étend à tous : nationaux et étrangers, elle soit pure de tout reproche ? Non, car il se peut que l'extension aux nationaux ne soit qu'un subterfuge. Dans ce cas déjà la Cour permanente de Justice internationale en a, dans les affaires de minorités, fait justice (*arrêt n° 7, série A*, p. 33 : « Une mesure défendue par le droit des gens ne saurait devenir légitime, du fait que l'Etat l'applique également à ses propres ressortissants. »).

N'en serait-il rien que la réforme sans indemnité ou tout au moins sans indemnité suffisante ne s'imposerait pas à l'étranger par cela seul qu'elle s'impose au national.

Mais alors, objecte-t-on, le traitement de l'étranger serait supérieur. Il n'a pas les charges du national, notamment l'obligation militaire, et cependant il a pour sa propriété, pour sa liberté peut-être, des droits que n'aurait pas le national. Situation choquante. Ainsi, quand, dans l'affaire des congrégations, la France expulsait les ordres religieux, en liquidant leurs biens, le sujet du roi d'Angleterre, assomptionniste,

échappant à cette mesure, avait des droits en France que les Français n'avaient pas eux-mêmes. Et le sénateur Fessart s'en étonnait. « Comment, disait après le règlement des nationalisations récentes, un député français, les actionnaires étrangers vont, après la nationalisation, toucher sept fois plus que les actionnaires français. » Dans le projet de loi relatif à la nationalisation de l'électricité (article 13, dernier alinéa), le gouvernement français avait réservé, aux fins d'un traitement spécial, la question des indemnités dues aux ayants droit étrangers. Conscient du caractère international du problème et de la nécessité de le traiter en conséquence, il réclamait une certaine latitude. Mais la Commission de l'Assemblée biffait l'alinéa, ne pouvant pas admettre un régime plus favorable pour les étrangers que pour les nationaux. Sur quoi le ministre des Affaires étrangères revenait à la charge: « Cet alinéa, déclarait-il (*J. O.* du 29 mars 1946), concerne les porteurs de titres de nationalité étrangère. Je demande son maintien en raison des intérêts dont j'ai la charge et des répercussions possibles d'un traitement non discriminatoire. Je rappelle que nous sommes liés avec la plupart des Puissances par des traités d'arbitrage et qu'un recours à l'arbitrage en une telle matière, faute du maintien de cet alinéa, présenterait pour le gouvernement des difficultés que je conjure l'Assemblée de ne pas nous laisser affronter. »

Si la question devait en effet se présenter à l'arbitrage, la solution n'en saurait être douteuse, tant d'après les principes généraux, d'une part, que les considérations propres à la nationalisation, d'autre part.

Ce n'est pas en effet par assimilation au national, mais directement sur lui-même que doit se régler le sort de l'étranger. Il a droit à un traitement propre. Tandis que le droit interne donne la mesure immédiate du droit du national, le droit des gens donne immédiatement la mesure du droit de l'étranger. Vainement certains pensent-ils, comme Oppenheim, que les

droits de l'homme n'existent que dans le droit interne et suivant sa loi. Ils existent en vertu d'une autre source : l'homme préexiste à l'Etat dont la souveraineté n'a de meilleur titre constitutif que la garantie du droit acquis, titre de l'extension territoriale par l'occupation effective (article 35 de l'acte de Berlin de 1885). (Cf. affaire des Compagnies de la Baie d'Hudson et du Détroit de Puget, Commission mixte de Washington, 10 septembre 1889, *La Pradelle-Politis*, Recueil des Arbitrages internationaux II, pp. 498 et s.)

Ce n'est donc pas l'Etat qui crée le droit de l'individu, mais au contraire l'individu qui, par la nature de l'homme, reçue dans le droit des communautés humaines, nommé traditionnellement droit des gens, crée le droit de l'Etat. D'autre part, dans un droit qui, suivant une formule courante (arrêt du *Lotus)*, est essentiellement interétatique, le conflit d'intérêts, dépassant l'individu, s'élève de l'individu à l'Etat. C'est entre eux que se débat la question. Le national se confond avec son Etat, qui décide la réforme, fût-ce sans indemnité, tandis que l'étranger reste, au contraire, dans le sien. Or cet Etat, par ses capitaux, sa protection générale, son appui diplomatique et peut-être militaire, bref sa puissance et son prestige, a coopéré à l'introduction et au développement sur le territoire de l'Etat étranger des établissements qui s'y sont formés. Il a lui aussi, quand ils sont menacés, son mot à dire : ce que les Américains ont très bien compris en refusant de tenir compte des renonciations des citoyens des Etats-Unis à leur protection, continuant quand même à l'exercer sur des droits qui, dans la vie internationale, suivant un droit des gens interétatique, ne pouvaient être que ceux de leur Etat.

Si, d'après les principes généraux, cette distinction des deux traitements, national suivant la loi interne, étranger suivant le droit des gens, s'impose, à plus forte raison dans le droit en formation de la nationalisation, devient-elle particulièrement

indiscutable. Depuis le moment où notre Institut l'acceptait à Lausanne en 1927, dans l'ordre général, elle n'a fait que se fortifier dans l'ordre particulier des nationalisations, non pas seulement par l'hésitation du ministre français des Affaires étrangères devant une Assemblée manifestement défavorable, encore qu'apaisée par une promesse d'ententes de réciprocité, mais surtout par l'accroissement de valeur d'un argument qui pendant très longtemps avait paru décisif : celui de la non-participation de l'étranger à la vie publique, à l'opposé de la participation du national, désormais consacrée par la Déclaration universelle des droits de 1948 (article 21). Mais il n'est pas, à mon sens, très élégant ni même correct de traiter par un argument politique un problème qui se place dans l'ordre économique. C'est dans cet ordre qu'il faut chercher l'exacte solution. Celle qui, d'ordre économique, doit, parmi les raisons de la discrimination en faveur de l'étranger, passer au premier plan, c'est que la nationalisation doit, par principe, profiter à la nation, et cela de multiples manières : en améliorant la condition des travailleurs, en élevant le niveau de la vie, en délivrant l'indépendance nationale des entreprises étrangères, ou encore en faisant à l'intérieur l'économie de troubles, révoltes, peut-être même d'une guerre civile, *tous avantages éminemment nationaux dans le point de vue national et simplement humains dans le point de vue international*, de sorte que le sacrifice dont ce bien commun général, national et international, devra se payer mérite un prix plus fort de la part du national que de la part de l'étranger, ce qui nous ouvre une perspective plus large, plus profonde pour régler une dernière question.

Et cette question, la voici : faut-il, pour être exempt d'arbitraire, aller jusqu'à la complète indemnité ? C'est la dernière difficulté qui nous reste à résoudre dans l'ordre des problèmes fondamentaux.

Ici, dans une jurisprudence abondante, les partisans de la

totale indemnité ne peuvent avoir, en apparence, qu'à glaner. Et si, dans une jurisprudence si riche que nous ne pourrions songer à la reproduire sans encombrer ce rapport d'innombrables citations, nous nous contentons de quelques cas, il suffira de rappeler, après la célèbre consultation d'Anzilotti dans l'affaire des assurances italiennes et l'arbitrage de Max Huber dans l'affaire anglo-espagnole, les cas de la Compagnie de la Baie d'Hudson (1869), du Chemin de fer de la Baie de Delagoa (1890), des Congrégations au Portugal (1910) (C.P.A.), du T.A.M. germano-roumain, Goldenberg, 27 septembre 1928 ; et surtout les arrêts nos 7 et 9 de la Cour permanente de Justice internationale. Mais, si nous les retenons, avec une force qui ne saurait leur être déniée pour la totale indemnité, c'est que toutes ces décisions se présentent dans le même sens, celui du respect de la propriété individuelle en face d'une expropriation dont on peut dire qu'elle touche directement une activité patrimoniale, toute particulière et locale et que, même générale, elle est mineure, et, surtout, exempte de toute raison de caractère social prêtant à son application, dans le cadre de la Nation, par une réforme de structure, une valeur humaine.

Mais cette jurisprudence est insuffisante pour régler les cas de grande envergure dans lesquels un Etat se présente vis-à-vis des étrangers comme accomplissant une réforme essentielle, soit au bien-être général des classes laborieuses, soit au maintien de l'ordre, qui, sans l'exercice de cette mesure, risquerait d'être troublé, soit enfin, comme la rançon d'une guerre civile ou même internationale. Alors apparaît, pour les individus, même étrangers, le devoir d'un sacrifice. Nous venons de dire et démontrer que le sacrifice ne peut pas être aussi grand pour eux que pour les nationaux ; d'où il suit que, si les nationaux peuvent, comme il est prévu dans certaines constitutions, même alors être privés de toute indemnité, il ne saurait en aucun cas en être de même pour les étrangers. Mais ici nous n'avons plus

de jurisprudence. Nous n'avons plus que le texte de la Déclaration universelle dont le commentaire ne nous permet pas d'aller plus loin, lorsque déjà son interprétation, par certains constituants, nous donne à penser que le droit de la nation à la réforme doit faire reculer le droit de l'homme à la propriété.

Exactement ici nous trouvons le vide.

L'expropriation a dans ses motifs plus ou moins d'ampleur. Sont-ils d'ordre local ? Alors l'indemnité doit être complète.

Sont-ils d'ordre national ? Alors, la nationalisation concourant par principe aux fins du progrès dans l'ordre universel, l'indemnité ne doit plus être juste au sens économique de la valeur du mot, mais simplement raisonnable.

Avec l'ancienne formule, complète, absolue, de la propriété, le dialogue entre l'Etat nationalisateur et celui des étrangers dont ils relèvent, s'engagerait ainsi : « Si vous voulez prendre, payez. — Mais je n'ai pas les fonds nécessaires. — Alors attendez de les avoir. » Ce serait le raisonnement que le commerçant dans la vie quotidienne imposerait à celui qui veut acheter. Mais le problème est de savoir si tout commerçant peut l'opposer à tout acheteur ? Et par exemple le boulanger à l'affamé. Dans le monde qu'éclairent les principes d'entr'aide chers à la civilisation chrétienne ainsi qu'à toutes les philosophies qui se disent humaines, une telle réponse n'est pas de mise d'Etat à Etat.

S'il s'agit d'un cas individuel, isolé, d'une expropriation qui porte sur quelques terres, rien sans doute ne sera changé, dans la vie générale, au droit de propriété, ni aux conditions régulières d'expropriation. Mais quand il s'agira d'une réforme importante, portant sur une grande région du pays, toute une masse de population — réforme agraire, passage du secteur privé au secteur public pour de grands services nationaux — alors il n'est plus possible de réclamer pour l'étranger la pleine valeur des biens transférés. La vie internationale a, dans le

monde moderne, de tels risques — perte de vie, perte de biens, que l'*homme international* (et quiconque hors des frontières et même dans les frontières, ne serait-ce qu'en cas d'invasion, en est un) doit s'attendre à trouver dans cette vie internationale plus de risques que dans la vie interne. Que l'indemnité qu'il touche soit imparfaite, c'est la loi commune de quiconque détient dans l'exercice du commerce ou de l'industrie une valeur économique internationale.

C'est dans ces conditions que s'affrontent deux droits entre lesquels jusqu'à présent la doctrine générale hésite à se prononcer pour ou contre la complète indemnité, bien que d'une façon constante la justice internationale ait toujours penché vers le premier. D'une part l'Etat des nationalisés a le droit et même le devoir de protéger ses nationaux qui, dans l'exercice du commerce et de l'industrie, ont développé par leurs efforts sa puissance économique, son crédit, son prestige, encore que si, dans leur personne, dont le respect demeure entier, cette protection demeure totale, dans leurs biens au contraire, avec l'amenuisement de la propriété (art. 17 de la Déclaration du 10 décembre 1948), elle a cessé de l'être. D'autre part, l'Etat — l'autre Etat —a le droit de procéder sous sa responsabilité à sa libre organisation, dans des conditions qui lui permettent de maintenir l'ordre et de réaliser son développement. C'est entre ces deux droits qu'il faut procéder dans la mesure fixée par la justice : justice économique et justice politique.

Lorsque de puissantes compagnies, exploitant des ressources fondamentales pour couvrir la sécurité économique et politique de l'Etat, interviennent dans ses affaires intérieures, mettant en péril le libre jeu des partis et même des pouvoirs publics (Mexique), il n'est pas possible qu'un tel abus soit toléré. L'abus de la propriété est manifeste : la protection ne saurait être accordée. La « doctrine de Cardenas », qui nie la « nationalité de l'exterritorialité », prend alors toute légitimité. Mais

il se peut aussi que la nationalisation se fasse soit dans une vue purement idéologique, par imitation, plus ou moins libre, de quelques voisins puissants (Bénès), soit peut-être même pour doubler, avant le temps de la maturité, une indépendance politique toute jeune d'une indépendance économique parallèle. Alors la situation devient différente. Il y a lieu de se demander si l'ordre économique et social appelle la réforme. Il se peut que la nationalisation se trouve, sur un large plan, trop hâtive, mais, avec modération, justifiée. Sans doute y aura-t-il une discrimination à faire, certaines industries, par exemple, devant être laissées en dehors. Ainsi le problème de la nationalisation achèvera de se séparer dans toute sa force, toute sa nouveauté, toute son originalité, sur le plan international, du problème de l'expropriation.

Au fond, il s'en dégage à deux égards :

d'abord par rapport à l'étranger, en prenant la propriété dans sa fonction de gardienne de la liberté, et dès lors intangible, sous la réserve du sacrifice à faire éventuellement sinon au même devoir que le national, du moins à un autre devoir, commun à tous, le devoir humain ;

ensuite par rapport à l'Etat qui dans la propriété individuelle de ses nationaux trouve un élément de puissance économique avec lequel il prend au regard des autres Etats l'équilibre indispensable à sa sécurité dans la paix du monde.

Sous le premier aspect n'est engagé que le patrimoine, sous le second est engagée la souveraineté.

Prenons d'abord le premier.

L'étranger frappé par la nationalisation a droit, sinon à la pleine indemnité, du moins, à une indemnité aussi favorable que possible, et en tout cas exempte d'arbitraire.

Pour la déterminer il lui faudra faire, par des estimations, des inventaires, des bilans et, d'une façon générale, toutes preuves techniques, la démonstration du préjudice subi. Régulièrement il devrait faire cette preuve suivant la procédure

interne, ce qui l'engagerait dans une série d'instances au cours desquelles s'affaiblirait et s'userait son droit : procédure au bout de laquelle, ayant saisi l'Etat dont il relève, celui-ci commencerait la controverse diplomatique au terme de laquelle se présenterait, le cas échéant, l'arbitrage. Comme d'autre part l'opération nationalisatrice porte sur un très grand nombre de familles industrielles et de firmes, ce serait dans une série d'actions isolées que se poursuivraient les réclamations. L'Etat des nationalisés aura dès lors tout avantage à poser, dès la promulgation des textes nationalisateurs, à l'Etat qui les prend, la question de leur validité internationale. Il le fera d'autant plus nécessairement que, d'après les principes que nous venons de poser, ce n'est pas sur une base strictement mathématique d'évaluation exacte du préjudice que doit se faire le décalage d'indemnité dû au caractère de bien commun international de la réforme. Il s'agit dès lors de fixer un chiffre, qui tiendra compte des possibilités de l'Etat nationalisateur dans le versement plus ou moins lent de l'indemnité compensatrice, ce qui ne peut se faire qu'en réunissant toutes les sommes dues pour en fixer, par un forfait, le chiffre final.

Pour donner satisfaction au droit des particuliers dans les circonstances indécises de l'espèce, où la véritable question qui se pose n'est pas : « quoi ? » mais « combien ? » une telle procédure est la plus souple qui puisse être : elle vient de donner entre la France et la Pologne les meilleurs résultats. Les deux gouvernements français et polonais, par un protocole fait à Varsovie le 12 novembre 1947, en neuf articles, règlent l'indemnisation due par la Pologne aux intérêts français touchés par la loi polonaise du 3 janvier 1946. Le gouvernement français agit au nom des ressortissants français, personnes physiques et morales : personnes physiques de nationalité française, sociétés françaises, sociétés sous contrôle français. L'accord établit l'indemnité totale due par la Pologne à l'occa-

sion de la nationalisation des entreprises. L'accord ne porte que sur les biens situés dans les limites actuelles de la Pologne et n'affecte en rien l'existence des personnes morales auxquelles ces biens appartiennent. L'indemnisation, par un autre progrès, se fait au moyen de la livraison d'une quantité forfaitaire de charbon par le gouvernement polonais entre les mains du gouvernement français. L'indemnité globale forfaitaire est fixée à une quantité de trois millions huit cent mille tonnes de charbon. La répartition de l'indemnité globale forfaitaire relève de la seule compétence du gouvernement français.

Ce sont là de grands progrès.

Jusqu'alors, c'est le gouvernement lui-même qui restait seul maître d'une attribution dont, avec la théorie interétatique, il était seul titulaire. Désormais il ne se présente plus en son nom, mais en celui de ses ressortissants. Ceux-ci, préalablement consultés à titre officieux dans une sorte d'assemblée générale, ayant donné leur avis, seront appelés à débattre entre eux, par familles industrielles, puis par firmes, devant un organisme d'Etat, ayant caractère de tribunal arbitral, l'attribution, à chacun d'eux, de la part qui lui revient. Le système qui s'apprêtait à fonctionner est actuellement retardé par la dénonciation des accords commerciaux, auxquels il était lié. Mais il n'en reste pas moins une suggestion intéressante, un progrès dans l'évolution du droit de l'individu, par l'entremise de l'Etat, à la justice internationale.

Avec lui, se règle d'une façon transactionnelle, aussi approchée que possible, avec des simplifications évidentes, le problème majeur de l'indemnité.

Mais ce n'est voir qu'un aspect de la question : celui des nationaux engagés à l'étranger dans le commerce et l'industrie.

Il y en a un autre, qui ne saurait être négligé : c'est, sur le plan étatique, supérieur aux fortunes particulières, celui de l'équilibre mutuel des forces économiques.

Une telle question offre de multiples aspects, qui ne peuvent se régler que sur le plan économique. Ici les Etats se présentent vis-à-vis les uns des autres dans un régime qui naturellement est celui de la concurrence et, par suite, de l'émulation. Ils ont un intérêt, non seulement à l'accroissement du bien-être de leurs nationaux, mais, dans l'exercice de leur fonction interétatique, à l'amélioration progressive, non pas seulement politique, mais économique et morale, de l'ordre général du monde. Ici, la part de l'économique est primordiale. Il importe qu'elle soit satisfaite et dès lors que certaines luttes soient évitées, certains conflits pacifiés, certains antagonismes arrêtés dès l'origine ; de là la nécessité d'organismes économiques appelés à trancher, autant que possible par conciliation, c'est-à-dire par transaction, forfait, certains litiges.

A l'Etat qui, sur le forfait de la nationalisation, n'arriverait pas à se mettre d'accord avec un autre, il conviendrait, dans un droit des gens plus fortement institutionalisé que le nôtre, d'ouvrir des tribunaux spéciaux, à caractère économique. Il n'est pas possible de concevoir une entr'aide efficace entre les nations sans une justice qui tiendrait compte à chacun des efforts faits par la nation tout entière, en prêtant ses capitaux, son génie, ses découvertes, ses hommes. Pour que les nations, dans la gestion en commun du patrimoine universel, assurent la répartition entre elles de toutes des richesses de l'univers, répartition promise par le Message rooseveltien et la Charte de l'Atlantique, il importe qu'à cet égard des perspectives s'ouvrent, des études commencent ; mais ce serait sortir d'un rapport qui, pour conclure, n'a plus qu'à faire entrevoir que la nationalisation est elle-même, dans la vie internationale, un premier stade vers l'internationalisation.

Sur toutes ces questions, sentant plus que tout autre l'imperfection de mes réflexions, je fais appel, Messieurs et très honorés Confrères, à toute votre bienveillante indulgence dans une coopération dont je vous serai profondément reconnaissant.

B.

Projet provisoire de Résolutions

transmis aux membres de la Commission le 20 janvier 1950

Article 1er

La nationalisation est l'opération, de plus ou moins grande envergure, par laquelle l'Etat, réformant tout ou partie de son régime économique, supprime, sur certains biens, droits ou intérêts, en faveur de la nation, l'emprise individuelle de la propriété privée.

Article 2

Elle ne peut prétendre, au stade actuel de la civilisation, qu'à des applications limitées par le droit, sans rompre entre les Etats la communauté juridique universelle.

Article 3

Elle ne peut s'exercer que par un acte de la puissance publique souveraine, seule qualifiée pour demander aux personnes physiques ou morales le sacrifice de leurs droits particuliers à l'intérêt général.

Article 4

Elle ne peut s'étendre au delà des frontières, soit au regard des nationaux, soit au regard des étrangers.

Les tribunaux étrangers peuvent, au nom de l'ordre public, refuser d'en accepter les effets.

En vertu de leur souveraineté, les gouvernements étrangers peuvent subordonner à son retrait, quand elle prend un caractère abusif, soit la reconnaissance *de jure*, soit le maintien des relations diplomatiques.

Article 5

La nationalisation, acte unilatéral de souveraineté, doit respecter les engagements valablement conclus, soit par traité, soit par contrat.

Faute de ce respect, il y aurait déni de justice donnant naissance, non pas à une simple indemnité, valeur pour valeur, mais à des dommages-intérêts, à caractère pénalisateur.

Article 6

La nationalisation ne peut s'opérer dans la communauté juridique actuelle qu'à la condition d'être séparée de toute propagande extérieure active et de s'exercer en pleine liberté.

Article 7

Elle ne doit pas être confiscatoire, mais sincèrement réformatrice.

Article 8

Elle peut porter sur les nationaux sans porter sur les étrangers ; elle ne peut atteindre les étrangers sans atteindre les nationaux.

Article 9

Les étrangers ont droit au traitement international, alors même qu'il serait supérieur au traitement national.

Article 10

Il n'appartient pas aux étrangers de renoncer au traitement international.

Les sociétés étrangères par le contrôle, nationales par le siège social, ont droit au traitement international.

Article 11

D'inégale force dans leur atteinte à la propriété, droit naturel de l'homme, l'expropriation et la nationalisation ne sont pas, devant le droit des gens, sous la même loi.

Pour l'expropriation, incident isolé de l'administration locale, la propriété demeure le droit dont nul ne peut être privé si ce n'est quand la nécessité publique, légalement constatée, l'exige sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

Pour la nationalisation, l'élévation des buts, l'ampleur des moyens, la grandeur des perspectives, en vue de réformes de structure, tant au point de vue des rendements espérés que de la paix sociale dans la progression du bien-être humain, demandent, à la perte des droits acquis, des conditions plus accessibles pour ne pas être prohibitives : il suffira de l'utilité publique, d'une indemnité basée sur les possibilités du débiteur, raisonnablement considérées, dans un paiement échelonné sur un délai normal.

Article 12

Dans l'expropriation, c'est au particulier qu'il appartient de faire valoir son droit contre l'expropriateur, sauf, en cas de déni de justice, à s'adresser à la protection diplomatique, et, par elle, à gagner, sous la représentation étatique, l'accès de l'instance internationale.

Dans la nationalisation, c'est à l'Etat lui-même qu'il appartient de se saisir de l'atteinte portée à son économie extérieure par les mesures internes de l'Etat nationalisateur, afin d'en obtenir le redressement.

Article 13

Ecartant la règle que l'instance internationale ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, cette procédure s'ouvre sur une déclaration contestant, le cas

échéant, l'utilité de la réforme, devant des tribunaux spéciaux, à compétence technique marquée (tribunaux économiques).

Si l'utilité n'est pas contestée, la question de la compensation économique à fournir par l'Etat nationalisateur doit faire l'objet d'une négociation directe dont l'évaluation des pertes éprouvées par les ressortissants ferait la base et non pas le *quantum.*

Article 14

Dans l'évaluation des valeurs nationalisées ne doivent pas être compris les biens de l'entreprise qui, à la date du transfert du secteur privé au secteur public, se trouvent, même *in transitu,* hors des frontières.

Article 15

Les créances et les dettes de l'étranger, personne physique ou morale, non domicilié dans le pays, restent hors d'atteinte.

Les créances étrangères des entreprises nationales, soumises à la nationalisation, n'y sont pas comprises.

Article 16

L'estimation des entreprises nationalisées doit se faire contradictoirement, en toute liberté, bien par bien, valeur par valeur, sans tenir compte ni des capitaux investis, ni de la perte de bénéfices raisonnablement espérés.

Article 17

Pour plus de rapidité, les Etats intéressés, nationalisateur et des nationalisés, peuvent, d'un commun accord, faire de l'indemnité, dans un délai mesuré (deux ou trois ans par exemple), l'objet d'un forfait négocié dans le libre jeu de l'interdépendance économique avec appel, le cas échéant, à la procédure

d'arbitrage des tribunaux économiques, précédemment prévue, ou, à son défaut, toute autre, organisée dans le cadre de l'O.N.U. ou d'une association fédérative régionale.

Il est bien entendu que ces organismes tiendront compte d'autres conditions que de celles de la stricte justice commutative, avec une liberté qui présentement manquerait à la Cour internationale de Justice.

Article 18

Dès que l'Etat nationalisé s'est entendu avec l'Etat nationalisateur sur le nombre et la valeur des entreprises nationalisées, ainsi que sur le montant de l'indemnité (forfaitaire ou non), il doit en opérer la répartition entre ses ressortissants suivant la valeur économique réelle de leur entreprise, d'abord par famille industrielle, puis, dans chaque groupe, par firme, au moyen d'une commission technique à base arbitrale, sans aucun préjugé de race, de religion ni d'opinion.

Article 19

Le paiement doit avoir lieu dans la monnaie du créancier, ou, d'un commun accord, dans une monnaie de valeur internationale reconnue, librement stipulée ou arbitrée conformément aux décisions du tribunal économique, ou encore en nature, pour le quantum déterminé dans le libre jeu de la négociation transactionnelle ou, à défaut, de la décision arbitrale.

Article 20

Le paiement peut être échelonné sur un terme en proportion avec les ressources financières de l'Etat nationalisateur, les perspectives commerciales de l'Etat des nationalisés et les conditions générales de la nouvelle entreprise.

En cas d'échec de la négociation diplomatique, l'arbitrage économique doit également résoudre toute difficulté sans perdre de vue ni la sauvegarde générale de la paix ni l'intérêt particulier du progrès social.

Article 21

L'interdiction de la guerre faite par l'O.N.U. non seulement à ses membres, mais à tous, doit s'étendre de la guerre militaire à la guerre économique et, dès lors, à la guerre froide par laquelle se ferait, dans un simple but d'hostilité, soit l'abusive interdiction, soit l'agressif développement des nationalisations.

Article 22

Enfin il doit être envisagé que, pour donner effet aux destinées générales de l'homme et particulièrement aux droits de tous à toutes les sources naturelles de richesse du monde, la nationalisation doit être considérée, pour un certain nombre de matières premières, comme une première étape vers le stade supérieur de l'internationalisation.

C.

Observations des membres de la Commission[1]

1. Lettre de M. Algot Bagge

Stockholm, le 14 mai 1950

Mon cher et honoré Confrère,

J'ai l'honneur de vous adresser, bien qu'elles arrivent très tard à cause de ma longue absence aux Indes, sur la demande de M. Wehberg, quelques observations concernant le rapport que vous avez rédigé au sujet des effets internationaux des nationalisations.

Les règles qui constituent le droit international public dépendent souvent des intérêts que représentent surtout les Etats qui sont les plus puissants au temps de la naissance de ces règles. Il va de soi que l'œuvre des grands écrivains de droit public et, avant tout, les décisions des tribunaux arbitraux et étatiques, ont une influence considérable sur le développement du droit public, mais l'attitude des Etats les plus puissants, surtout quand des intérêts essentiels sont en jeu, est pourtant d'une influence décisive sur ce développement. Ces intérêts étatiques peuvent varier de temps en temps avec les grandes guerres et d'autres événements qui changent la situation internationale. Le droit public, en tant qu'il est basé sur de telles circonstances, est donc nécessairement assez variable et parfois difficile à constater.

Il ne paraît pourtant pas facile de trouver une base qui soit plus constante et plus claire. Les tentatives de poser, en ce qui

[1] Certaines des observations présentées par les membres de la Commission ont donné lieu à de petites modifications du rapport provisoire avant l'impression de celui-ci.

concerne les relations entre l'individu et l'Etat, les fondements sur des principes dérivés purement des droits naturels de l'homme n'ont pas eu, dans la pratique, trop de succès. On n'arrive pas au delà de généralités d'une utilité assez douteuse.

Doit-on donc s'abstenir de toute tentative d'établir des règles concernant le sujet en question, les effets des nationalisations ? Je ne le crois pas, mais il paraît prudent de limiter cette tentative plus que vous ne l'avez fait dans votre intéressant et excellent rapport.

Il me paraît qu'on devrait se contenter de régler seulement l'indemnité que l'Etat nationalisateur doit payer à l'étranger qui est privé par la nationalisation de ses biens situés dans le pays nationalisateur. On devrait donc laisser de côté les problèmes de la nationalisation en tant qu'ils ne sont pas indissolublement liés à la question de l'indemnité.

Tâcher de convaincre les représentants des Etats que leurs pays n'ont pas le droit, tout comme ils ont le pouvoir, de fixer eux-mêmes des règles quant à la nationalisation des biens situés dans leurs pays, des règles aussi étendues qu'il leur plaise et pour des raisons quelconques qu'ils approuvent, paraît une œuvre sans espérance. Mais la question de l'indemnité à payer à l'étranger en cas de nationalisation a des aspects spéciaux auxquels même les représentants des intérêts étatiques peuvent être sensibles.

Du point de vue de la balance équitable entre les intérêts justifiés de l'individu et de l'Etat, on a des opinions différentes quant au problème de l'indemnité. On dit, d'une part, que l'étranger qui a placé ses biens dans un pays autre que le sien s'est mis, quant à ces biens, entièrement sous le régime de ce pays et qu'il doit partager, à cet égard, le sort des sujets du pays. D'autre part, on dit que l'étranger ne doit être obligé à contribuer qu'aux frais ordinaires de l'administration du pays. Il n'est pas équitable de lui imposer de prêter aide, sans indem-

nité adéquate, au pays nationalisateur dans une situation extraordinaire créée par les autorités mêmes de ce pays.

Quoi qu'il en soit, je crois qu'il existe d'autres raisons, peut-être plus acceptables pour les Etats, qui doivent être prises en considération quand il s'agit de déterminer si l'étranger doit être indemnisé et la grandeur de l'indemnité.

Si l'on compare d'une part l'intérêt d'un Etat à accaparer sans indemnité, ou sans indemnité suffisante, les biens des étrangers situés dans son pays, et d'autre part l'intérêt du même Etat à garder la confiance des étrangers disposés à placer leurs moyens sous l'empire de cet Etat, il paraît que c'est montrer des vues assez bornées que de sacrifier, pour un avantage en général comparativement médiocre et passager, une confiance qui, dans des circonstances futures qui sont difficiles à prévoir, pourra être d'une valeur incalculable.

Il faut, du reste, aussi prendre en considération qu'il est important, pour les bonnes relations entre les Etats, qu'à cet égard la protection des étrangers soit satisfaisante. Il s'agit, dans ces cas, très souvent, d'intérêts étrangers qui sont internationalement assez influents, et qui, s'ils se considèrent mal traités, peuvent empirer les relations internationales.

Pour ces raisons, il paraît recommandable non seulement que le droit de l'étranger à une indemnité soit, en cas de nationalisation, reconnu, mais aussi que cette indemnité soit adéquate, effective et, si possible, prompte. Une règle disant qu'il « suffira d'une indemnité basée sur les possibilités du débiteur, raisonnablement considérées, par un paiement échelonné sur un délai normal » paraît apte à causer des conflits difficiles à concilier et à créer, internationalement, des situations regrettables.

Je me permets de vous soumettre encore une observation. L'article 10, alinéa 2, de votre projet traite d'un sujet très important. « Les sociétés étrangères par le contrôle, nationales par le siège social, ont droit au traitement international. »

Le contrôle étranger d'une société nationale par le siège social est sans doute très intéressant quand il s'agit de déterminer si, en cas de guerre, la société doit être considérée comme ennemie ou non. Mais pour la question de l'indemnité, paraît plutôt intéressante la forme qu'a prise la participation de l'étranger à la fortune d'une société qui est nationale par le siège social, et aussi l'étendue de cette participation.

Si toutes les actions d'une société qui est nationale par le siège social appartiennent à un étranger, il paraît d'un formalisme exagéré de ne pas considérer, en déterminant la question de l'indemnité, la fortune de la société comme appartenant à l'étranger et non pas à la société. Il en va de même, proportionnellement, si une partie des actions appartient à un étranger, au moins si cette partie est considérable par rapport à toutes les actions de la société.

Il paraît donc que la règle de l'article 10, alinéa 2, doit être formulée de telle façon qu'elle décide quand les actionnaires étrangers, qu'ils aient le contrôle ou non, ont droit à un traitement international.

Recevez, mon cher et honoré Confrère, l'assurance de mes sentiments les plus distingués.

Algot Bagge

2. Lettre de M. Paul Guggenheim

Genève, le 22 mars 1950

Mon cher Confrère,

J'ai lu votre remarquable rapport sur « Les effets internationaux des nationalisations » avec un très vif intérêt. Tout en étant d'accord avec les principes contenus dans votre projet de Résolutions, je me permets de faire les observations suivantes :

1. Je partage *grosso modo* votre affirmation que la nationalisation ne peut s'étendre au delà des frontières, soit au regard

des nationaux, soit au regard des étrangers. En effet, les tribunaux étrangers peuvent, au nom de l'ordre public, refuser d'en accepter les effets. Le Tribunal fédéral suisse vient d'ailleurs de réaffirmer cette manière de voir dans une récente décision. Voir décision du Tribunal fédéral suisse, tome 74 (1948), partie II : Wichert c. Wichert, p. 229 (à l'égard des nationalisations tchécoslovaques).

2. Il va de soi que la nationalisation doit respecter les engagements valablement conclus. Il n'y a donc pas lieu, à mon avis, de mentionner cette condition expressément, comme vous le faites dans l'article 5, alinéa 1, de votre projet de Résolutions. La nationalisation des entreprises étrangères étant, à quelques rares exceptions près, en opposition avec le droit coutumier international, elle entraîne la responsabilité de l'Etat qui l'ordonne. Je ne pense cependant pas qu'il soit nécessaire d'indiquer en détail les obligations de réparation qui en découlent. En effet, la réparation peut avoir un contenu très variable. L'Etat lésé a d'ailleurs le pouvoir de prendre des mesures conservatoires en vue de protéger les droits de ses ressortissants. C'est ainsi, par exemple, que la Suisse a pris, le 20 août 1948, à titre de mesure provisionnelle, un arrêté immobilisant les avoirs roumains qui se trouvaient en Suisse, à l'encontre de la loi roumaine du 11 juin 1948 sur la nationalisation des entreprises industrielles, minières, bancaires, d'assurances et de transport (voir extrait du rapport de gestion du Conseil fédéral pour 1948, Département politique, p. 18).

3. La grande difficulté naît au moment de l'établissement de la réparation qui ne peut avoir lieu qu'avec le consentement explicite ou implicite de l'Etat nationalisateur et de l'Etat ayant subi le dommage. Tout le monde est d'accord pour admettre que l'indemnité devra être « adéquate » et « effective », comme le déclare le protocole n° 1 du 10 décembre 1946 —

12 mai 1948 entre la Suisse et la Tchécoslovaquie (voir pour plus de détails Annuaire Suisse de Droit International, 1948, V, p. 162). Mais que faut-il entendre par indemnité adéquate et effective ? Le message du Conseil fédéral suisse au sujet de la convention de nationalisation entre la Suisse et la Yougoslavie, du 29 octobre 1948, distingue entre trois solutions différentes :

a) Versement de l'indemnité aux intéressés, ce qui présuppose une entente avec eux, éventuellement après intervention de la protection diplomatique de leur Etat national.

b) Paiement d'une indemnité à l'Etat national après estimation des valeurs nationalisées.

c) Paiement d'une indemnité globale forfaitaire appropriée.

A mon avis, seule la solution *b* correspond à la notion de l'indemnité adéquate et effective sus-mentionnée. Il serait en conséquence indiqué que l'Institut l'admette dans le règlement à élaborer. Je me félicite d'ailleurs de constater que vous émettez la même opinion dans vos articles 16 et 17. Les autres modalités de paiement *a* et *c* n'entrent en ligne de compte que lorsque la nationalisation n'entraîne pas une responsabilité internationale de l'Etat nationalisateur (voir votre rapport, pp. 21 s.).

4. Je regrette que votre rapport ne contienne pas de dispositions concernant la nationalité des personnes morales. Je ne pense pas que des règles de cette nature soient superflues. Il ne suffira certes pas de renvoyer à ce sujet aux travaux antérieurs de l'Institut, par exemple à l'excellent rapport de M. Borchard (Annuaire 1931, I). En effet, lorsque la Suisse a conclu ses récentes conventions de nationalisation avec la Tchécoslovaquie, la Yougoslavie et la Pologne, elle a tenu à régler ce

point en détail et avec beaucoup de circonspection (voir d'ailleurs art. 10, alinéa 2 de votre projet).

5. Je ne me rends pas compte si l'on peut facilement se mettre d'accord en ce qui concerne la notion du « traitement international » (voir art. 9 et 10 de votre projet). Il y aurait lieu de définir de plus près ce standard minimum accordé à l'étranger par le droit international. Une récente thèse de Genève, A. H. Roth, « The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens », 1949, vient d'en faire l'objet d'une étude particulière. A la réflexion, je pense que ce problème sort du domaine d'étude de votre rapport. De même d'ailleurs que les questions suivantes : La nationalisation peut-elle n'atteindre que les étrangers ? — Droit des étrangers de renoncer au traitement international. Ces questions sont en rapport avec le traitement des étrangers en général ainsi qu'avec le caractère de la protection diplomatique.

6. Je vous avoue que je considère qu'un certain nombre de dispositions de votre projet de Résolutions devraient faire l'objet de plus amples discussions. C'est par exemple le cas des articles 21 et 22. D'autre part, la différenciation entre expropriation et nationalisation a mon entière adhésion. Toutefois, en ce qui concerne la distinction des différentes procédures de réclamation que vous prévoyez aux articles 12 et 13, je pense qu'il y a là matière à réfléchir, la concurrence de compétence avec la Cour internationale de La Haye et l'arbitrage international traditionnel étant à craindre.

En espérant que ces quelques observations pourront être utiles à l'établissement de votre rapport définitif et aux travaux de la Commission, je vous prie de croire, mon cher Confrère, à l'expression de mes sentiments les plus dévoués.

Paul Guggenheim

3. Lettre de M. Antoine Hobza

Praha, le 6 mars 1950

Cher Confrère,

J'ai l'honneur de vous faire parvenir quelques observations au sujet de votre rapport concernant les effets internationaux des nationalisations.

Je tiens à souligner tout d'abord qu'il n'existe pas, à mon avis, de droit naturel.

Je ne peux pas partager non plus, pour des raisons de principe, l'opinion selon laquelle c'est « l'individu qui, par la nature de l'homme, reçue dans le droit des communautés humaines, nommé traditionnellement droit des gens, crée le droit de l'Etat ».

Je m'oppose ensuite à ce que l'on réunisse les règles du droit en vigueur avec les règles postulées *de lege ferenda*, et je suis d'avis qu'il est indispensable de distinguer d'une façon très nette les deux catégories pour ne pas encore augmenter la confusion qui est plus grande à l'heure actuelle que jamais auparavant.

Les Résolutions de l'Institut « ne font pas le droit », mais indiquent ce que l'Institut considère comme « le droit désirable » (intervention de M. Basdevant, le 11 août 1947 à Lausanne).

Il serait donc nécessaire de dire d'une façon expresse si la résolution sur les nationalisations poursuit seulement le but mentionné, ou si elle se propose d'interpréter le droit en vigueur.

On ne peut pas porter un jugement juridique sur les réformes agraires qui ont été votées dans certains Etats après la première guerre mondiale, du point de vue de la Déclaration universelle

des droits de l'homme qui date de l'année 1948 et dont le contenu ne constitue que « l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations ».

Le vœu que l'Institut a exprimé à Lausanne en 1927 (Annuaire de l'Institut, 1927, vol. III, p. 330) n'a pas non plus d'importance pour le droit de l'époque actuelle.

Etant donné l'état présent de la situation mondiale, « la constatation exacte de l'état actuel du Droit international » (Annuaire 1947, p. 262) serait, selon ma modeste opinion, plus importante que les considérations *de lege ferenda.*

Je considère le passage *du secteur du droit privé au secteur du droit public* comme une nécessité historique et la limitation progressive de la propriété privée jusqu'à sa suppression complète comme un élément essentiel de l'évolution mondiale qui est dictée par les besoins de la vie sociale et qui ne tend pas à l'anarchie générale, mais bien au contraire, malgré toutes les imperfections de forme et toutes les contradictions bien compréhensibles dans une époque de transition, à un droit nouveau dont le fondement moral est, en comparaison avec le droit ancien, beaucoup plus profond.

Si l'on affirme que la nationalisation « ne peut prétendre, au stade actuel de la civilisation, qu'à des applications limitées par le droit », il est évident que l'on vise par là le droit ancien, le droit qui dépérit, et non point le droit nouveau qui constitue le fondement de la nationalisation.

Celui qui ne voit dans le droit ancien que l'ordre et dans le droit nouveau que l'anarchie ou l'oppression dictatoriale, arrive nécessairement à la conviction selon laquelle « le droit est en déclin ». La réalité est cependant tout autre : tandis que le *droit* évolue continuellement, *la science du droit* reste longtemps emprisonnée dans des conceptions vétustes et dans un formalisme périmé. *Ce n'est pas le droit qui est aujourd'hui en déclin, mais l'influence de la science juridique sur l'évolution du droit.*

L'évolution du droit ne s'effectue pas toujours, comme il est bien connu, selon une ligne droite vers des stades supérieurs. Si les conceptions juridiques s'éloignent de la base réelle de la vie sociale et politique, il se produit provisoirement un mouvement rétrograde. Nous en sommes témoins à l'époque actuelle dans le droit international. « Le droit international est *en recul* partout », dit M. Charles De Visscher (Annuaire 1947, p. 153).

La raison principale de cette régression consiste en ce que la théorie et la pratique ont essayé en partie de dépasser la notion fondamentale du droit international, à savoir la notion de la souveraineté de l'Etat, et ont commencé à propager le concept du gouvernement mondial (fédéral), de l'Etat universel ainsi que le principe de la majorité.

Mais du point de vue politique nous ne sommes malheureusement pas encore si loin.

C'est de là qu'est née la crise et c'est pourquoi bon nombre d'Etats reviennent au principe de la souveraineté et au consentement des nations comme à la seule base solide du droit international actuel. C'est sur cette base qu'est fondée la Charte des Nations Unies.

Il y a beaucoup d'Etats qui ne sont pas disposés à renoncer à leur pleine souveraineté en ce qui concerne la réglementation de la propriété et du régime économique interne (la liberté à ce sujet a été déjà proclamée par le Conseil Suprême à Cannes le 6 janvier 1922), et qui n'accepteront aucune règle générale en droit international qui limite leur liberté d'action en matière de nationalisations. Les traités bilatéraux ne constituent, bien entendu, aucune limitation de la souveraineté.

On ne peut parler de la protection des droits acquis que dans le cadre d'un seul système juridique. L'opinion contraire conduit à des contradictions insurmontables. Si une révolution réalise l'abolition complète de l'ordre juridique antérieur, le

fait de se référer aux droits acquis n'a aucun sens dans l'ordre juridique nouveau — mais peut jouer, il est vrai, un rôle important en politique.

Quant à la *situation juridique des étrangers*, je ne connais aucune norme générale du droit international qui établisse la primauté (situation privilégiée) des étrangers. L'égalité civile par rapport aux nationaux est le maximum qui puisse être exigé pour un étranger. Ce point de vue a été adopté par la sous-commission établie par la Commission d'experts pour la codification du droit international pour la question de la responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers (le rapporteur en fut M. Guerrero), de même que par la Conférence panaméricaine de Montevideo en 1933 (The American Journal of International Law, 1934, Official Documents, p. 60).

Il est vrai, toutefois, que l'étranger a droit à la protection diplomatique, mais la mise en œuvre de cette protection dans des cas concrets n'est pas un acte juridique, mais une mesure d'ordre exclusivement politique qui tend à un accord entre les gouvernements, le cas échéant par la voie de la compensation des revendications mutuelles. Le succès de la protection diplomatique dépend de la puissance politique de l'Etat qui fait valoir cette protection. Si c'est une grande puissance qui intervient auprès d'un petit Etat, il y a une plus grande chance de succès que lorsqu'il s'agit d'une situation inverse.

La situation privilégiée des étrangers continue à exister, il est vrai, dans *les colonies*, mais le régime colonial est en train de disparaître, parce qu'il se trouve en contradiction avec la morale et avec la conviction juridique des Etats progressistes. Si la situation privilégiée des étrangers est encore défendue dans la théorie et dans la pratique de certains Etats, ce ne sont que les reflets du régime colonial.

L'opinion selon laquelle deux ordres juridiques sont en vigueur, côte à côte, sur le territoire d'un même Etat, l'ordre interne pour les nationaux et l'ordre international pour les étrangers, se trouve contredite par la réalité. On lit à la page 18 du rapport : « Le droit des gens donne immédiatement la mesure du droit de l'étranger », mais on ne peut pas accepter cette thèse. Il est pourtant bien établi dans la pratique que l'étranger, sauf quelques cas exceptionnels où il se trouve soumis au droit de son propre Etat et sauf quelques stipulations exceptionnelles contenues dans des conventions internationales, se trouve soumis, presque dans tous les cas de la vie civile, autant que le national aux prescriptions du droit en vigueur dans l'Etat de séjour.

L'évolution conduit, à mon avis, à l'unification de la sphère du droit sur le territoire de l'Etat et non pas à l'extension des différences juridiques entre les nationaux et les étrangers.

Il est inadmissible de revenir du principe territorial vers le principe médiéval de la personnalité du droit.

La Résolution de l'Institut adoptée en la matière à Lausanne en 1927 et contenant un simple « vœu », ne signifie pas une reconnaissance d'un double régime juridique sur le territoire de l'Etat.

La Déclaration des droits et des devoirs des Etats proposée en 1949 par la Commission du Droit international, soumet dans son article 2 à la juridiction interne de l'Etat toutes les personnes et choses qui se trouvent sur le territoire de l'Etat, sous réserve des immunités consacrées par le droit international — et ce disant, le texte ne vise que les immunités des fonctionnaires diplomatiques et des fonctionnaires d'organisations internationales.

Trois sentences arbitrales rendues sur les requêtes des grands propriétaires hongrois contre la Roumanie, la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie sont sans importance pour la question de la

situation des étrangers, parce qu'elles résolvent seulement le différend concernant la compétence des tribunaux arbitraux mixtes en vertu du traité de paix conclu avec la Hongrie.

Quant au fond, les différends en question ont été tranchés par un acte politique, à savoir par la constitution d'un fonds indemnitaire, doté par les grandes puissances. Les droits des trois Etats mentionnés qui ont opéré la réforme agraire n'en ont été aucunement affectés ; les étrangers ont obtenu de la part de ces Etats seulement une indemnité partielle conformément à la loi, indemnité dont le montant était le même que celui qui était accordé aux nationaux.

La différence entre la solution juridique et la solution politique est apparue clairement à cette occasion.

Une attention particulière est consacrée dans le rapport à la réforme agraire tchécoslovaque, qui y est présentée sous un faux jour. Le rapport conteste son caractère d'une vraie réforme agraire et n'y voit qu'une mesure hostile dirigée contre les grands propriétaires fonciers hongrois, anciens ennemis.

Je me borne aux constatations suivantes :

1. Il ne répond pas, tout d'abord, à la vérité que la réforme de 1919/1920 concernait pour le 90 pour cent (!!) de la surface, des terres appartenant aux ex-ennemis. En réalité, des terres affectées par la réforme agraire, 57½% appartenaient à des nationaux et 42½% à tous les étrangers, donc non seulement aux ex-ennemis.

2. La réforme agraire tchécoslovaque de 1919/1920 fut une nécessité sociale, ce qui est suffisamment prouvé par le fait qu'elle a été suivie en 1947/1948 par une autre réforme agraire, beaucoup plus radicale, à propos de laquelle la question des ex-ennemis n'a pu jouer aucun rôle.

3. La réforme agraire tchécoslovaque a été tout à fait sincère et n'a pas été arbitraire.

4. Elle n'avait rien de commun avec la dissimulation, avec un subterfuge ou le dol.

5. Elle n'a pas été « purement idéologique ».

6. Les indemnités fixées par la loi ont été non pas seulement promises, mais effectivement payées.

Le projet de Résolutions sur les nationalisations accepte le principe d'après lequel l'étranger n'a pas droit à une indemnité complète. Ceci constitue donc un progrès par rapport à l'époque où les revendications des optants hongrois faisaient l'objet de luttes.

Pour ne pas cependant désavouer ceux qui étaient alors les défenseurs des prétendus droits à l'indemnité complète à l'égard de l'Etat tchécoslovaque, le rapport essaye de dénier aux lois tchécoslovaques en question le caractère d'une réforme importante qu'a la réforme agraire.

La fixation du montant des indemnités pour les nationalisations doit être laissée à la législation interne ; autrement les différends portant sur les indemnités n'auraient pas de fin dans la sphère internationale.

Je partage l'opinion selon laquelle il faut faire une distinction de principe entre l'expropriation et la nationalisation.

Les principes contenus dans le projet de Résolutions n'ont pas de chance d'être acceptés dans beaucoup d'Etats. Si l'Institut les approuvait, il approfondirait les divergences entre les Etats occidentaux et les Etats orientaux — bien qu'il ne s'agisse en l'occurrence que d'un projet du droit de l'avenir.

Je pense que l'Institut aurait un grand mérite s'il tendait à diminuer par ses Résolutions les divergences existantes et à favoriser ainsi la création d'un droit international vraiment général.

S'il est, par contre, l'intention de l'Institut de favoriser la création de règles de droit uniquement entre les Etats occiden-

taux, il serait décidément préférable de le dire ouvertement et de ne pas dissimuler les opinions des Etats occidentaux sous la notion bien large d'un droit général.

Il ne me paraît pas opportun de chercher à l'heure actuelle la solution du problème des nationalisations dans les délibérations de l'Institut.

Pour toutes les raisons que je viens d'indiquer, je ne suis pas à même d'approuver le projet de Résolutions ni les motifs de ces dernières.

Veuillez excuser, cher et honoré Confrère, la franchise avec laquelle je me suis permis d'émettre et d'éclairer mes vues concernant les questions liées au problème des nationalisations, et veuillez agréer l'expression de mes sentiments très cordialement dévoués.

Antoine Hobza

4. Lettre de M. K. G. Idman

Helsinki, le 15 mars 1950

Cher et très honoré Confrère,

C'est avec le plus grand intérêt que j'ai pris connaissance du rapport que vous avez bien voulu rédiger au sujet des effets internationaux des nationalisations. A cause d'un voyage, c'est malheureusement seulement maintenant que je peux vous transmettre mes observations. Je me rallie, en général, à vos conclusions et je suis tout à fait d'accord avec vous que la jurisprudence est insuffisante pour régler les cas de grande envergure en présence desquels un Etat peut se trouver vis-à-vis des étrangers en accomplissant une réforme qui est nécessaire. Le devoir d'un sacrifice apparaît alors même pour les étrangers ; il suffit que l'indemnité dans ce cas-là soit « raisonnable ». Je n'ai que quelques observations que je me permets de soumettre à votre examen.

Article 4, alinéa 3

Je préférerais biffer les mots « soit la reconnaissance *de jure*, soit ». L'existence d'un Etat ou d'un gouvernement ne dépend pas du bon plaisir des autres. La reconnaissance consiste à admettre, à accepter ; elle ne donne pas l'existence. L'expérience montre que cette espèce de pression exercée sur un Etat dans le but de sauvegarder des intérêts économiques n'a pas en général été efficace.

Article 10

Je me demande si les étrangers ne devraient pas avoir le droit de renoncer au « traitement international ». Il y a certainement des cas où un Etat, par son appui diplomatique, sa protection générale et peut-être même par ses moyens économiques, a coopéré à l'introduction et au développement sur le territoire d'un autre Etat des établissements qui s'y sont formés. Mais il n'en va pas toujours ainsi. Les entreprises et établissements en question sont aussi souvent l'œuvre d'un particulier. Les capitaux venus de l'étranger sont souvent relativement modestes. C'est en général par le travail accompli dans le pays que les établissements se sont développés et les capitaux se sont accumulés. Si les étrangers qui ont vécu peut-être déjà longtemps dans un pays veulent, par un sentiment de solidarité envers les gens du pays, se contenter de la même indemnité que les nationaux — ce qui d'ailleurs n'arrive pas souvent — il ne faudrait pas les empêcher de le faire.

Si les sociétés étrangères par le contrôle ont droit au traitement international, même si le siège social se trouve dans le pays, la question de la compensation se décidera d'après le nombre des actions qui se trouvent entre les mains des étrangers. Une société peut ainsi changer de nationalité plusieurs fois par an, ce qui peut facilement donner lieu à toutes sortes

d'abus. Il me semble plus juste de donner la préférence au siège social. Une société devrait avoir droit au traitement international seulement si son siège social se trouve à l'étranger. Si les commerçants et les industriels étrangers veulent profiter des avantages que leur donne le siège social établi dans le pays où la société a son activité, il faut qu'ils acceptent aussi les conséquences d'un tel état de choses. On ne peut avoir des droits sans des obligations.

Article 19

La stipulation que le paiement doit avoir lieu dans la monnaie du créancier ou, d'un commun accord, dans une monnaie de valeur internationale reconnue, est certainement très juste, mais il y a aujourd'hui plusieurs pays qui ne pourraient pas remplir cette obligation. Il faut toutefois reconnaître que la stipulation contenue dans l'article 20 facilitera le paiement.

Ci-joint les textes que je propose pour remplacer les articles 4, alinéa 3, et 10 du projet préliminaire.

En vous félicitant des résultats de votre grand travail, je vous prie d'agréer, mon cher et très honoré Confrère, les assurances de ma haute considération et de mes sentiments sincèrement dévoués.

K. G. Idman

Annexe de la lettre de K. G. Idman

Articles destinés à remplacer les articles 4, alinéa 3, et 10 du projet.

Article 4, alinéa 3

En vertu de leur souveraineté, les gouvernements étrangers peuvent subordonner à son retrait, quand elle prend un caractère abusif, le maintien des relations diplomatiques.

Article 10

Les étrangers peuvent renoncer au traitement international.

Les sociétés étrangères par le siège social ont droit au traitement international.

5. Observations by Mr. Arthur K. Kuhn

February 16th, 1950

My dear and honored Colleague,

I have received from Dr. Wehberg your preliminary report as Rapporteur of the Third Committee of the Institut de Droit International, dealing with " Les effets internationaux des nationalisations ". Permit me to compliment you on making a report so able and comprehensive, breaking new ground in international law.

I have read the report very carefully and am able to say that generally speaking your approach represents the view that the United States has taken through action of the Department of State and our judicial tribunals with reference to nationalizations of commercial enterprises carried on by citizens of the United States. I refer, of course, particularly to the nationalization decrees of the Soviet Union and to the nationalization of the oil companies by Mexico. Of course, the effect of such decrees is regarded by us as a judicial question and not a political question. However, as you know, the State Department has intervened where there has been a denial of justice.

I will not presume to make any comment upon the general introduction of the subject, as developed by you, as I feel that the introduction primarily represents the views of the

Rapporteur. I allow myself to remark, however, that I approve of the large view you take of the subject as being not a mere judicial question but one which affects the whole economic and social life of the international community. From this point of view it is of the utmost importance to arrive at some normal procedure to deal justly between the states exercising nationalizations and states which regard such decrees as violating the liberty of the individual and destructive of free enterprise.

May I make this suggestion, viz : that as commercial enterprises in whole or in part, fall within the category subject to nationalizations (e.g. coal, steel, banks, etc.) it will follow that these enterprises when conducted in foreign countries may themselves come under a nationalization decree of the foreign country. Perhaps something could be said covering this probability.

With reference to your Draft Resolutions, I assume that they are not intended for draft legislation and, therefore, the terms can be kept in general form. I assume that you have not attempted to use precise legal terminology.

I have one important reservation to make. I am not in accord with your view expressed in Art. 22 that nationalization even of a limited number of subjects relating to natural resources constitute a first step toward a " superior " stage of internationalization. I think this very doubtful indeed and I am sure that the article will meet with much opposition.

I again present my compliments to you for having made so noteworthy a step toward achieving a system of principles in what is practically a new field.

Cordially and sincerely yours,

Arthur K. Kuhn

6. Observations by Mr. H. Lauterpacht

18 March 1950

I have read with great interest the admirable and, in my view, very important, report of Professor de La Pradelle. The Report raises, in a highly original manner, new and far-reaching problems in one of the most controversial spheres of national and international life. However, because of the controversial and political nature of the issues involved, I confess to considerable doubt as to whether the Resolutions of the Institute on the subject ought to cover a very wide field—such as proposed by the distinguished Rapporteur—of rules *de lege ferenda*. This applies not only to such Articles as Article 21 (relating to the prohibition, in the Charter of the United Nations, of economic war and of " cold " war) or Article 22 (referring to nationalisation on the international plane). It applies also to other Articles which, in my view, have a somewhat political complexion. I feel that if the Institute is to make an useful contribution to this intricate subject the number of the Articles of the Resolutions ought to be substantially reduced and that we must avoid anything which—as, for instance, is probably the case with respect to Articles 6 and 7—is in the nature of censure or of mere advice to governments.

I am in general agreement with what I consider the principal proposition of the Rapporteur, namely, that contained in the last paragraph of Article 11 and relating to the basis of compensation to be paid in case of nationalisation. But I find some difficulty in following the Rapporteur's distinction, on which a great deal of the Report is based, between nationalisation and expropriation. He does not define these terms. Undoubtedly there are cases in which the distinction between them is obvious.

But it is not clear to me what difference there is, from the point of view of the duty of compensation, between the taking away of property for the purpose of nationalisation and between the expropriation of certain defined categories of property for the purpose, for instance, of land reform as in the well-known case of agrarian reform in Roumania before the Second World War. The taking away of the property of the oil companies in Mexico in 1937 and 1938 was generally referred to as expropriation, but it is probable that the Rapporteur would prefer to describe it as " nationalisation ". It is possible that what the Rapporteur had primarily in mind when referring to " expropriation " is isolated deprivation of or interference with property for limited specific purposes such as building a railway or destruction of buildings for sanitary purposes. But if that is so than I am not sure that the categorical terms of full compensation, as suggested by the Rapporteur, constitute an existing or desirable rule of international law.

Apart from that major difficulty, there are points of detail as to which I am not sure that I can follow the learned Rapporteur.

Thus, with regard to Article 4, I doubt whether it is proper to connect the question of recognition *de jure* with the question of nationalisation. I am aware of the fact that on some occasions in the past States have made recognition—either *de facto* or *de jure*—dependent upon the ability or the willingness of a foreign State or government to fulfil its international obligations and that they considered the inability or unwillingness to pay proper compensation in cases of nationalisation or expropriation as a sign of the lacking ability or will to fulfil international obligations. However, I doubt whether that occasional practice constitutes an established or desirable rule of international law.

Secondly, with regard to Article 5, I do not see any decisive

reason for giving preferential treatment to property rights grounded in a contract or treaty as distinghuished from ordinary rights of property.

Thirdly, with regard to Article 10, I am not sure that it is consistent with international practice to say that aliens may not renounce their right to " international treatment ". It is true that as laid down in a number of arbitral decisions the Calvo Clause cannot be used for anticipatory acquiescence in treatment clearly contrary to international law. It does not necessarily follow that, in the matter of compensation for deprivation of or interference with property, aliens cannot in advance agree to be treated on the same footing as nationals. However, I do not feel strongly as to this particular point.

Fourthly, with regard to the same Article , I doubt whether, in any case, companies registered within the territory of a State have the right to " international " treatment for the mere reason that they are in fact controlled by foreign interests. There are cases in which States may protect the rights of their nationals who have an interest in a foreign company, but to say that, because of that, the controlling foreign interest is invariably decisive for the determination of the rights and of the status of a company under its domestic law is, in my view, to go too far.

Fifthly, for reasons stated above, I am not sure that there is room for the differentiation in the matter of international remedies between expropriation and nationalisation as proposed by the Rapporteur in Article 12.

There are some points of detail in the text of the Report which perhaps the Rapporteur might like to modify :

On pages 3 and 4 his account of the controversy between the United States and Mexico concerning the oil expropriations leaves an impression of a lack of accommodation and comprehension on the part of the United States which, as I read it, is not

quite borne out by the diplomatic correspondence on the subject.

On p. 6 the relevant passage creates the impression that Soviet Russia adhered to the Universal Declaration of Human Rights adopted in 1948. In fact Soviet Russia abstained from voting.

On p. 10/11 the relevant passage creates the impression that the sole reason of the delay of recognition of Soviet Russia by some of the Allied and Associated Powers was the question of compensation in connection with nationalisation. Probably this was not so.

On p. 15 the Rapporteur may perhaps wish to modify the statement that nationalisation the true object of which is to eliminate the element of alien control is unlawful.

H. Lauterpacht

7. Lettre de M. Henri Rolin

Bruxelles, le 27 janvier 1950

Mon cher Collègue,

J'ai lu avec un très vif intérêt votre rapport relatif aux effets internationaux des nationalisations.

D'accord sur vos propositions dans leurs grandes lignes, je souhaiterais si possible les cantonner davantage sur le terrain juridique et en éliminer toute suggestion d'ordre pratique quant aux diverses modalités que pourrait revêtir l'indemnisation des ressortissants étrangers.

Plus particulièrement, les 22 articles du projet de Résolutions que vous avez bien voulu rédiger appellent de ma part les observations suivantes :

Article 1er, qui définit la nationalisation, me paraît envisager trop exclusivement la question de la propriété de biens alors que la nationalisation tend essentiellement à confier à la collectivité la direction de certaines entreprises de production industrielles ou agricoles.

Article 2. Je ne crois pas qu'il soit juste de prétendre fixer une limite juridique, du reste vague, aux nationalisations.

Article 3 semble régler une question d'organisation étatique interne. Sans doute avez-vous en vue de souligner le caractère abstrait que doit revêtir une décision de nationalisation.

Article 4. Le premier alinéa a une grande importance du point de vue juridique : la nationalisation est une mesure politique dont l'exécution ne peut être assurée par les autorités d'un autre Etat.

Par contre, j'ai des doutes sérieux quant à l'exactitude du 2e alinéa suivant lequel les tribunaux étrangers peuvent au nom de l'ordre public refuser d'en accepter les effets : dans la mesure où il s'agit d'effets acquis sur territoire étranger par une loi compétente, conforme dans ses modalités, je ne pense pas que les effets acquis puissent être mis en échec.

Le 3e alinéa me paraît sortir du cadre de la question étudiée.

Article 5. Le premier alinéa me paraît douteux; la théorie de Jèze tend à admettre le droit du législateur de mettre un terme aux concessions et la jurisprudence du Conseil d'Etat de France me paraît en ce sens.

Le paragraphe 2 prévoit au surplus l'éventualité de dommages-intérêts au caractère pénalisateur, notion fort contestable en doctrine et en jurisprudence.

Article 6. D'accord sur le fond, j'ai des doutes quant à l'opportunité de cette disposition qui dépasse le cadre de la question et paraît inspirée de préoccupations trop unilatérales.

Article 7. Je ne vois pas l'opposition entre les mots «confiscatoire» et «réformatrice» ; du moment que nous renonçons à maintenir la nécessité d'indemnisation comme un principe d'ordre international, je ne vois d'autre limite à la compétence des Etats en cette matière que celle résultant de l'égalité juridique, soit l'absence de discrimination.

Article 8. D'accord sur le fond de la proposition, mais elle ne présente à mon sens qu'un cas d'application de la règle générale d'absence de discrimination.

Article 9. J'hésiterais à consacrer dans un texte de droit des gens la distinction générale entre le traitement international et le traitement national : à partir du moment où l'individu se trouve protégé par une déclaration des droits de l'homme même à l'égard de l'Etat dont il est ressortissant, telle conception me paraît fort contestable. En l'espèce j'admets toutefois la nécessité d'une garantie plus précise en faveur d'un ressortissant étranger à raison des circonstances que vous indiquez. Mais j'y apporterais une réserve importante, celle où un étranger dépossédé est ressortissant d'un Etat qui lui-même a adopté sur son territoire des mesures de nationalisation dans des conditions moins favorables que celles qu'éventuellement il dénoncerait.

Article 10. D'accord sur le rejet de la clause Calvo dont je doute de l'opportunité.

Article 11. D'accord sur l'opportunité d'indiquer la différence entre la nationalisation et l'expropriation et de limiter à cette dernière le champ d'application des anciens principes de droit des gens.

Mais il y aurait lieu, je pense, de traiter dans une clause distincte la question de l'indemnité due aux étrangers dont les biens sont atteints par la nationalisation.

Article 12. Je ne crois pas qu'il y ait lieu de considérer comme nécessaire l'intervention des Etats étrangers dont les ressortissants sont atteints par des mesures de nationalisation. A ma connaissance, les mesures prises en Grande-Bretagne n'ont pas donné lieu à protestation.

D'une façon générale, l'intervention de l'Etat ne se produira que suivant les règles habituelles en matière de protection. Il en est au surplus ainsi, aussi bien dans le cas de nationalisation que dans le cas d'expropriation.

Article 13. Même observation.

Article 14 me paraît discutable. *Quid* notamment si les biens qui se trouvaient hors des frontières au moment de la nationalisation sont ultérieurement entrés sur le territoire et dans le patrimoine de l'entreprise nationalisée ?

Article 15. Tout à fait d'accord pour réputer domiciliées hors du pays les créances sur des débiteurs domiciliés hors du pays ou même des créances dont les sûretés personnelles ou réelles se trouvent hors du pays.

Article 16. Cette règle me paraît trop absolue et je n'en vois pas le fondement juridique.

Articles 17, 18 et 19 visent des modalités de procédure qui ont été effectivement suivies dans certains cas, mais auxquelles il n'y a pas lieu de donner la préférence.

Article 20. Je serais d'avis de retenir seulement, à titre de vœu du reste plus que de règle de droit, la recommandation de confier la solution des différends à un arbitrage de nature juridico-économique.

Article 21. L'interdiction des propagandes pour et contre la nationalisation me paraît également dépasser le cadre du projet de Résolutions.

Article 22. Bien que le caractère juridique de cette disposition soit contestable, elle me paraît contenir une indication utile pour une évolution désirable de l'organisation internationale et je serais, pour ce motif, disposé à la retenir.

Pour concrétiser ma façon de voir, je me suis permis de remanier quelque peu l'ensemble du projet.

Vous trouverez en annexe le contre-projet dans lequel j'ai indiqué après chaque article le numéro du projet primitif auquel je me réfère.

Je vous prie d'agréer, mon cher Collègue, l'assurance de mes sentiments distingués.

Henri Rolin

Annexe de la lettre de M. Henri Rolin

Article 1 (1)

La nationalisation est la mesure législative de caractère politique par laquelle un Etat, réformant la structure de son économie, enlève aux personnes privées et confie à des organismes publics la jouissance et l'administration d'entreprises industrielles ou agricoles de nature déterminée.

Article 2 (4)

Sauf convention particulière entre Etats, les mesures de nationalisation prises par un Etat ne peuvent se voir reconnaître force obligatoire hors des limites de cet Etat.

Article 3 (15)

Doivent, pour l'application de la disposition précédente, être réputées situées hors du territoire national les créances d'entreprises nationalisées à charge de débiteurs domiciliés hors du territoire ou ayant pour caution des personnes domiciliées hors du territoire ou garanties par des sûretés réelles situées hors du territoire.

Article 4 (6)

Il appartient à chaque Etat d'apprécier librement hors de toute pression extérieure si l'intérêt public requiert des nationalisations.

Article 5 (8)

La nationalisation peut atteindre les entreprises appartenant en tout ou partie à des personnes de nationalité étrangère, mais elle ne peut les viser de façon exclusive ni principalement.

Article 6 (11)

La nationalisation ne peut, du point de vue du droit des gens, être confondue avec l'expropriation dont elle se distingue à la fois par l'étendue et par la finalité.

Même en ce qui concerne les biens appartenant aux étrangers, l'ordre public international n'impose pas aux Etats d'assurer aux expropriés une juste et préalable indemnité.

Article 7

Les mesures de nationalisation ne peuvent, ni dans les dépossessions qu'elles comportent, ni dans les modalités de l'indemnisation qu'éventuellement elles prévoient, infliger un traitement discriminatoire aux personnes dépossédées, à raison de leur race, sexe, langue ou religion, opinion, classe sociale ou nationalité.

Article 8 (11)

Dans la mesure où la nationalisation atteint les biens de ressortissants étrangers, l'Etat nationalisateur doit, sous la réserve ci-après indiquée, assurer au dépossédé, dans la mesure de ses possibilités financières raisonnablement appréciées, une indemnité proportionnée au préjudice subi, payable éventuellement par annuités.

Cette estimation peut être globale pour tous les biens dont les propriétaires dépossédés ont une même nationalité.

En aucun cas un Etat étranger ne peut réclamer pour ses ressortissants dépossédés un mode d'indemnisation plus favorable que celui qu'il a lui-même accordé ou prévu aux ressortissants de l'Etat nationalisateur atteints de mesures analogues.

Article 9

Sauf violation des règles ci-dessus, les effets acquis des nationalisations sur les biens situés dans l'Etat nationalisateur doivent être reconnus par les instances administratives ou judiciaires des Etats étrangers.

Article 10 (20)

Il est souhaitable qu'en cas de désaccord sur la licéité de mesures de nationalisation ou sur le quantum ou les modalités de l'indemnisation, le différend soit réglé par un tribunal d'arbitrage dont une partie des membres au moins auraient des connaissances économiques.

Article 11 (22)

Il est souhaitable que les Etats ayant procédé à la nationalisation de certains secteurs de la production s'efforcent, par des ententes techniques régionales ou industrielles, d'en élargir le champ territorial d'application afin de s'élever graduellement au stade supérieur de l'internationalisation des industries-clés.

8. Lettre de M. J. H. W. Verzijl

Utrecht, le 12 février 1950

Cher et très honoré Collègue,

N'ayant reçu votre intéressant rapport préliminaire que vers la fin de janvier, lorsque les vacances de Noël avaient déjà

expiré, je n'ai été à même de l'étudier et d'y répondre qu'un peu tardivement, ce que vous voudrez bien excuser.

Au surplus, la complexité de la matière et la richesse des idées formulées m'ont forcé de tâcher d'approfondir votre exposé et de me rendre un compte exact de ce que vous suggérez. A quelques endroits, la portée précise de vos remarques m'échappait — ce qui est dû, sans doute, à ma connaissance insuffisante de votre belle langue —, tandis qu'à d'autres, il me semble que la copie polygraphiée de votre rapport original doit ne pas être parfaitement correcte.

Je me borne à quelques questions ou observations.

Si vous me permettez de formuler une première impression générale quant au *fond* de votre intéressant rapport, c'est que vous idéalisez trop la politique des nationalisations, bien que la critiquant aussi. Qualifier les nationalisations de « bien commun général, national et international » (p. 18), de « réforme de structure » présentant « une valeur sincèrement humaine » (p. 19) ou de mesure « concourant par principe aux fins du progrès dans l'ordre universel » (p. 20), n'est-ce pas, en effet, idéaliser des méthodes de spoliation qu'une classe sociale pratique envers d'autres ? Il se peut, par exception, qu'une nationalisation présente le caractère de redresser une injustice, mais combien d'entre elles correspondent à un tel idéal ? Vous dites vous-même (p. 15) que « toute mesure nationalisatrice, qui n'est au fond qu'une libération de l'emprise étrangère, est contraire au droit », (p. 14) que « la présentation comme une réforme agraire de ce qui n'était au fond qu'une mesure de guerre et de liquidation » est « arbitraire », (p. 3) que le fait par la Russie, « passant d'un absolutisme à l'autre », de priver « les nations occidentales de leurs investissements sans indemnité » est condamnable pour n'être « qu'une expropriation confiscatoire » et (p. 5/6) qu'« invoquer l'exemple (d'un Etat voisin) est une raison extérieure au fond du pro-

blème ». Mais que reste-t-il alors comme exemples de nationalisations sans indemnité intégrale que vous considériez comme licites ? Il semble que vous défendez la nationalisation mexicaine, mais pour la raison (p. 21) qu'elle serait la conséquence d'une intervention injustifiable dans les affaires intérieures du Mexique. Naturellement, si elle était provoquée par de telles considérations, elle était moins injustifiée, quoique, même dans ce cas, on aurait à se demander si la solution correcte n'eût pas été de demander qu'à l'avenir les sociétés étrangères s'abstinssent de cette ingérence dans les affaires de l'Etat territorial. Je ne vois pas, dans votre argumentation, d'exemples convaincants de nationalisations sincères ou qui puissent être défendues à la lumière du droit international, en cas de refus de paiement d'une indemnisation totale. — N'étant pas socialiste et ayant par conséquent peu de sympathie pour les mots d'ordre qui présentent la nationalisation de toutes sortes d'industries et de sociétés comme un idéal politique et une panacée contre toutes sortes de maux sociaux, au lieu de les voir en grande partie comme des moyens efficaces d'étouffer l'initiative personnelle, comme des procédés propres à frapper une société du fléau de l'étatisation progressive avec son énorme « poids mort » de bureaucratisme qui dévore les avantages financiers espérés, j'envisage le phénomène social-économique des nationalisations d'un œil beaucoup moins favorable que vous.

Mais à côté de ces considérations politiques et économiques, il y a des considérations juridiques, de justice. Rien, dans votre exposé, n'a dissipé mes doutes fondamentaux sur la justice d'un procédé qui consiste à spolier des étrangers d'une partie, souvent très considérable, de leurs biens au moyen d'une expropriation sans indemnité adéquate. On ne doit pas oublier que, maintes fois, le capital étranger a beaucoup contribué à développer le pays en question. On ne doit pas oublier non

plus qu'exproprier sans indemnisation adéquate est saper les fondements de la confiance publique. Si un pays veut adopter le système de nationaliser les principales industries, etc., qu'il le fasse, mais précisément parce qu'il l'entreprend à son propre profit, réel ou imaginaire, il doit en payer le prix. Je persiste à considérer comme juste l'opinion de ceux qui disent que le pouvoir de nationaliser des entreprises privées à capitaux étrangers est limité par le pouvoir de payer. Et il serait extrêmement regrettable, à mon avis, si notre Institut contribuait à bouleverser la riche jurisprudence mentionnée par vous-même à la page 19 de votre rapport, en invoquant la prétendue différence entre les hypothèses classiques sur lesquelles elle se fonde et les « cas de grande envergure » qui justifieraient un traitement différent. En face de l'attaque frontale contre les principes fondamentaux admis dans le droit des gens traditionnel, il convient plutôt, à mon avis, d'aller à leur secours. Je n'accepte, personnellement, aucune des tentatives modernes de plusieurs Etats de s'enrichir aux dépens de capitaux étrangers comme un procédé qui mérite d'être sanctionné en droit international. C'est pourquoi je me sens incapable, mon cher Collègue, de vous suivre dans votre argumentation de principe. Le danger est imminent que les bases mêmes de tout droit international s'écroulent par des concessions mal avisées faites à des courants politiques éphémères.

Permettez-moi d'ajouter quelques observations au sujet de votre antithèse propriété-contrat (p. 12). Croyez-vous réellement que si le respect de la propriété privée croule, la foi à la parole donnée survive au crépuscule du droit ? Nous avons vu, dans les événements douloureux qui ont bouleversé le monde il n'y a que peu d'années, quelle est la valeur réelle de la maxime *pacta sunt servanda* pour ceux, parmi les gouvernements, qui prétendent pouvoir sacrifier le droit à l'égoïsme national ? Les dettes d'Etat de la Russie ne reposaient-elles

pas précisément sur des contrats d'emprunt ? Et combien de concessions ne contiennent-elles pas de clauses de garantie ?

Et comment pouvez-vous (p. 14) coucher par écrit la thèse que, quand en 1927-1929 certains Etats opposèrent une résistance acharnée aux jugements arbitraux écartant leur exception d'incompétence, la Société des Nations « fit justice » ? Ne fut-ce pas plutôt la plus manifeste injustice que d'acquiescer à cette résistance contraire au droit ? Et que peut-on se promettre de l'action individuelle d'Etats intéressés si la communauté des Etats et ses organes suprêmes n'ont garde de se soucier sérieusement de ce que les membres tiennent la parole donnée ?

Et puis : où se trouve la limite de l'expropriation et de la nationalisation ? Votre exposé me donne l'impression que les limites que vous avez en vue ne sont pas très stables ; je n'y vois pas très clair. Tandis qu'à la page 20 vous semblez faire une distinction entre des cas isolés et des réformes plus importantes, les pages précédentes semblent plutôt discerner les nationalisations traditionnelles d'avec les « cas de grande envergure ».

D'ailleurs, je souscris volontiers à votre suggestion de maintenir en tout cas la distinction (p. 17) des deux traitements, national et international, selon qu'il s'agit de nationaux ou d'étrangers, bien qu'il me soit impossible d'attacher une importance réelle à votre ingénieux jeu de mots, à la page 17, selon lequel « ce n'est pas l'Etat qui crée le droit de l'individu, mais au contraire l'individu qui crée le droit de l'Etat ». Curieuse assertion, lorsqu'on la compare à ce qui suit dans votre texte, à savoir que l'Etat décide la réforme, fût-ce sans indemnité, laissant ainsi cet individu à la merci de l'Etat Léviathan !

Comme il s'ensuit de ce que je viens de faire observer ci-dessus, je ne saurais me rallier à vos observations à la page 19/20 selon lesquelles nous n'aurions plus de jurisprudence et trouve-

rions le vide si nous tâchons de résoudre les questions de droit se rattachant aux nationalisations de grande envergure. Les sains principes fondamentaux sanctionnés par une jurisprudence internationale constante, d'après votre propre exposé à la page 18/19, s'appliquent également aux cas plus importants de la page 19. La *ratio decidendi* est exactement la même et il serait extrêmement regrettable que notre Institut sanctionnât par son autorité l'idée que tout Etat est libre de sacrifier à ses propres intérêts les légitimes intérêts d'étrangers au moyen de renversements plus ou moins radicaux de sa structure économique nationale.

Enfin je me permets de formuler quelques annotations en marge de votre projet de Résolutions, en style télégraphique.

Art. 1. Il ne m'est pas clair, à la lumière du texte de votre rapport, où vous tracez les limites entre la nationalisation et l'expropriation.

Art. 2. Est-ce à dire que, à un stade ultérieur de la civilisation, la nationalisation pourra prétendre à des applications qui ne seront plus limitées par le droit, et que, par conséquent, la communauté internationale va évoluant vers une phase sans droit ?

Art. 4. Alinéa 1. Pourquoi pas ? Pourquoi ne pourrait-elle pas s'étendre au delà des frontières entre Etats qui professent la même foi spoliatrice ? — *Alinéa 2.* Et pourquoi serait-ce un privilège des seuls *tribunaux* étrangers ? Ne vaudrait-il pas mieux combiner les deux propositions en ce sens que l'article dise : « Chaque Etat est libre de dénier à une nationalisation décrétée par un Etat étranger tout effet sur son territoire » ? — *Alinéa 3.* « A son retrait » me semble aller trop loin ; il s'agit seulement de restreindre son application à des intérêts non étrangers.

Art. 5. « Contrat » doit comprendre aussi les actes administratifs de droit public, qui ne sont pas considérés dans chaque système national de législation comme « contrats », tels que les concessions, licences, etc. Ne faut-il pas faire mention également des promesses expresses faites par le législateur national ?

Art. 6. Cette disposition n'est-elle pas destinée à rester lettre morte ? Qui en exercera le contrôle ?

Art. 7. « Confiscatoire » et « réformateur » ne font pas une antithèse contradictoire, aussi peu, par exemple, que blanc et jaune.

Art. 9. Qu'est-ce que comporte ce traitement international ? Ce concept ne doit pas rester une notion « vide ».

Art. 10. Pourquoi pas, si l'ordre national le leur permet ? Mieux : « Il appartient à tout Etat de prohiber à ses nationaux de renoncer au traitement international. »

Art. 11, alinéa 3. « Espérés » : mot très sage, mais de mauvais augure ! L'article entier joue dans la sphère d'une idéologie — « la progression du bien-être humain » ! — qui n'est certes pas, par exemple, celle du gouvernement qui succéderait au gouvernement Labour : 51 pour cent pour l'idéologie et 49 pour cent contre ?

Art. 13. Figurez-vous un « tribunal spécial » (national ou international ?) qui décidera si la nationalisation de la « steel industry » en Grande-Bretagne est utile ou non ! Ou bien qui décidera des nationalisations communistes ! Proposition à mon avis foncièrement irréalisable.

Art. 15. Ne faut-il pas préciser où se trouve le « domicile » d'une créance et d'une dette ?

M'écartant sous bien des aspects de vos idées, je me borne aux observations ci-dessus formulées. Veuillez, mon cher Collègue, m'excuser si je me suis exprimé au cours de mes remarques d'une façon moins claire ou moins courtoise que je ne l'aurais voulu. Il est toujours difficile de trouver la tournure correcte dans une langue dont la finesse est notoire.

Combien de temps déjà ne nous sommes-nous pas rencontrés!

Veuillez agréer, cher et très honoré Collègue, l'assurance de mes sentiments très dévoués.

J. H. W. Verzijl

9. Observations de M. Hans Wehberg

Genève, le 8 mars 1950

Je ne peux qu'approuver les principes qui sont à la base de votre rapport et de votre « projet de Résolutions » élaborés avec tant de dévouement. Vous avez évité d'une part de faire trop de concessions à la tendance moderne qui voudrait procéder à des nationalisations sans une indemnisation équitable, et d'autre part d'examiner le problème d'un point de vue trop rigide, en ne tenant pas compte des possibilités de la vie pratique.

Voici quelques remarques que votre rapport et votre projet de Résolutions m'ont suggérées.

I.

Je ne suis pas sûr que vous ayez défendu le droit de l'individu à la propriété d'une manière tout à fait conséquente.

Vous soulignez d'une part *le droit de l'homme* à la propriété, en citant plusieurs fois la Déclaration des droits de

l'homme approuvée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, et en disant, par exemple à la page 17 : « Ce n'est donc pas l'Etat qui crée le droit de l'individu, mais au contraire l'individu qui, par la nature de l'homme, reçue dans le droit des communautés humaines, nommé traditionnellement droit des gens, crée le droit de l'Etat.» On trouve aussi dans votre projet de Résolutions un article 9 qui prévoit : « Les étrangers ont droit au traitement international, alors même qu'il serait supérieur au traitement national. »

Mais vous regardez d'autre part la propriété de l'étranger plus ou moins comme *un droit de l'Etat* dont il est ressortissant. Vous parlez, à la page 17 de votre rapport, « des droits qui, dans la vie internationale, suivant un droit des gens interétatique, ne pouvaient être que ceux de leur Etat ». On trouve ainsi à l'article 10, alinéa 1, de votre projet de Résolutions la disposition suivante : « Il n'appartient pas aux étrangers de renoncer au traitement international. »

Il est correct de dire que les Etats font valoir les droits de leurs ressortissants, selon le droit international en vigueur, comme des droits qui appartiennent à l'Etat. Mais cela ne concerne que la procédure internationale à suivre en vue de la réalisation de l'indemnisation. Indépendamment de la question de la procédure, les étrangers ont un droit propre à la propriété.

Pour cette raison, il faut partir de l'idée que le droit à la propriété est *un droit de l'homme*, et que *l'Etat* est seulement l'agent, prévu par le droit des gens classique, pour faire valoir les droits de l'individu. Ainsi il me semble juste, dans un projet de Résolutions qui ne doit pas se contenter de codifier le droit existant, mais qui doit chercher « à favoriser le progrès du droit international » (art. 1 de nos Statuts), de ne pas restreindre le droit et le devoir des Etats à la protection de la propriété de leurs ressortissants, mais de l'étendre à l'ensemble

des droits de ceux qui sont domiciliés sur leur territoire, sans bénéficier de la protection d'un autre Etat. Ce n'est que par cette construction qu'on crée la possibilité de la protection de la propriété des *apatrides*.

S'agit-il d'une utopie ? Il est intéressant de constater que les discussions qui ont eu lieu entre la Confédération suisse et la Pologne concernant l'indemnisation des intérêts suisses en Pologne ne furent pas limitées aux intérêts de ressortissants suisses, et que les deux parties ont conclu un accord secret dans lequel fut réglé le sort de la propriété de certains biens d'émigrants placés en Suisse. Il semble que la Suisse a disposé dans ce cas de biens qui ne sont pas la propriété de citoyens suisses (voir l'article remarquable du prof. W. Bürgi, Um die Verfassungsmässigkeit des schweizerisch-polnischen Abkommens, dans la « Neue Zürcher Zeitung », 6 mars 1950, édition du soir). En vérité, elle aurait dû défendre les intérêts des apatrides domiciliés ou étant propriétaires de biens en Suisse.

C'est à l'homme qu'il faut attribuer le droit à la propriété. Le droit international a donné aux Etats la compétence de faire valoir les droits des individus, et il n'y a aucun inconvénient à prévoir pour l'avenir qu'il est le droit et le devoir des Etats de ne pas protéger seulement les intérêts de leurs ressortissants, mais aussi ceux des apatrides domiciliés sur leur territoire.

II.

Il est nécessaire de souligner aussi fortement que possible qu'il n'y a, même à l'époque des nationalisations, aucune raison d'affaiblir le principe selon lequel nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété, et, dans le cas d'une nationalisation, une *indemnisation équitable* doit toujours être prévue.

Mais en regardant comme plus ou moins idéale la fixation d'un *montant global*, ne vous éloignez-vous pas un peu de votre point de départ ? Il est compréhensible que plusieurs Etats aient adhéré au principe de la fixation d'un montant global. C'est mieux que rien, et dans la vie pratique cette réglementation peut souvent être regardée comme acceptable. Mais il ne faut pas oublier que ce mode d'indemnisation a de grands inconvénients pour les droits des individus. On peut lire par exemple dans le « Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif aux accords conclus entre la Confédération suisse et la République de Pologne au sujet... de l'indemnisation des intérêts suisses en Pologne » du 7 octobre 1949 (pp. 6 et suiv.), que la Suisse n'a accepté la proposition de la Pologne concernant une indemnité globale qu'avec une certaine hésitation et que « l'indemnité globale finalement fixée ne correspond pas à la valeur totale des intérêts suisses lésés ».

Ainsi le principe d'une indemnisation globale est un mode de réalisation des intérêts des individus qui n'est pas tout à fait satisfaisant. Il suppose que les individus renoncent en fait à une partie de leurs justes revendications.

Dans un projet de Résolutions d'une association scientifique, il faut souligner en premier lieu le droit de chaque individu à une indemnisation équitable.

En outre, il serait intéressant d'énumérer dans votre rapport, en plus du Protocole franco-polonais du 12 novembre 1947 (p. 23 de votre rapport), d'autres accords récents qui prévoient une indemnité globale. La Suisse a conclu de tels accords avec la Yougoslavie (27 septembre 1948), avec la Pologne (25 juin 1949) et avec la Tchécoslovaquie (22 décembre 1949). Il semble que la Suisse se prépare à conclure sur cette base encore d'autres accords. Je connais aussi un accord entre les Etats-Unis d'Amérique et la Yougoslavie du 19 juillet 1948 qui fixe une somme globale d'indemnisation.

III.

Etant donné que la matière est déjà très complexe, je recommande de laisser de côté, dans le projet de Résolutions, les problèmes qui ne sont qu'indirectement liés avec le thème de votre rapport. Je pense que la question de savoir comment l'Etat qui a accepté une indemnité globale, règle la répartition de cette indemnité entre ses ressortissants (art. 18 du projet de Résolutions) est plutôt une question relevant du droit interne. Je proposerais aussi l'élimination de l'article 6, qui ne touche pas directement notre problème, ainsi que celle de l'article 10, alinéa 1, dont j'ai parlé plus haut.

Je recommande en outre une division de votre projet en plusieurs chapitres et un autre ordre de quelques articles. Voici la division en chapitres et l'ordre des articles que je proposerais :

Titre I. Notion de la nationalisation (art. 1).

Titre II. Conditions de la nationalisation de biens des étrangers (art. 3 ; 2 ; 4, alinéa 1 ; 5 ; 7-9 ; 10, alinéa 2).

Titre III. Indemnisation (art. 11, 14-17, 19-20).

Titre IV. Procédure de réalisation de l'indemnité (art. 21 ; 12 ; 13 ; 4, alinéas 2 et 3 ; 22).

Il me semble recommandable que les deux alinéas de l'article 13 forment deux articles indépendants.

Hans Wehberg

D.

Remarques complémentaires du rapporteur, M. A. de La Pradelle

Le rapporteur ne saurait trop se féliciter de la manière dont les membres de la 3me Commission ont bien voulu répondre à son appel. Grâce à eux le matériel documentaire de la Commission s'est enrichi d'un certain nombre d'exemples en dehors de ceux du rapport. Grâce à eux surtout un grand nombre d'observations ont été portées qui pénètrent plus profondément un sujet particulièrement difficile, car il est complexe et nouveau.

Peut-être aura-t-on remarqué, à leur lecture, qu'elles se sont passablement écartées d'une question fondamentale, celle des transformations de la propriété qui de plus en plus s'amenuise dans le développement de l'histoire. En tout cas elles se sont prononcées avec une grande pénétration d'analyse sur tous les points essentiels. Il se trouve ainsi qu'un riche matériel est maintenant en mesure d'aider l'Institut à prendre parti sur le thème capital de la 3me Commission et, étant donnée la façon large, trop large peut-être au gré de certains, dont le rapporteur avait conçu le problème, de l'aborder en pleine connaissance de cause.

Mon premier devoir, très agréable à remplir, est donc de remercier mes collègues, et le second, de leur montrer, par quelques réflexions personnelles, quelle importance j'attache à l'examen qu'ils ont bien voulu faire de mon rapport et plus particulièrement du projet de Résolutions qui le terminait, en des termes que je suis maintenant autorisé à défendre encore que je doive, cédant à quelques-unes de leurs suggestions, essayer de l'améliorer.

* * *

Au sein de la Commission, plusieurs positions ont été prises, l'une très éloignée, l'autre assez éloignée, les autres, beaucoup plus nombreuses, au centre même de la question, en pleine harmonie avec les vues essentielles du rapporteur.

* * *

La position la plus éloignée est celle de M. *Hobza* qui, depuis longtemps gagné aux réformes de structure, considère qu'elles sortent naturellement, sans restriction possible, de l'exercice du droit de souveraineté de l'Etat, que sa négation catégorique du droit objectif ne lui permet pas de limiter par un droit de l'homme, lequel, d'après lui, n'existe que par la volonté discrétionnaire de l'Etat. Renouvelant avec le rapporteur d'anciennes controverses dans lesquelles il est inutile d'entrer ici, il consent cependant que « le projet de Résolutions accepte le principe d'après lequel l'étranger n'a pas droit à une indemnité complète : ce qui constitue un progrès par rapport à l'époque où les revendications des optants hongrois faisaient l'objet de luttes ». Ayant sur le problème fondamental de la nationalisation une conviction absolue, il déclare « que le passage du secteur privé au secteur public est une nécessité historique et la limitation progressive de la propriété privée jusqu'à sa suppression complète un élément essentiel de l'évolution mondiale, dictée par les besoins de la vie sociale ». Ce qui le place, vis-à-vis du problème, dans une position d'intransigeance, qui logiquement appelle partout la révolution, tandis que l'idée fondamentale du rapport est, en plein objectivisme, d'attendre l'expérience acquise de l'observation des évolutions de l'histoire. C'est un fait indéniable, à préciser par le déve-

loppement historique du droit comparé : la nationalisation est une forme de l'économie nationale qui, recommandée par certaines idéologies et réclamée, dans de nombreux pays, par certains partis, n'est pas sortie de la première période où les institutions, même d'avenir, n'ont pas encore fait définitivement leurs preuves. Acceptée par certaines législations, dans une mesure plus ou moins étendue, rejetée par d'autres, elle entre ou n'entre pas dans le droit positif des différents pays, ou même en sort, après y être entrée, de telle manière qu'on peut se demander si, caractérisée, de nature, par une certaine amputation patrimoniale, souvent totale, parfois partielle, elle peut s'exprimer dans la généralité du droit sur d'autres personnes physiques ou morales que celles qui dépendent directement de l'Etat qui l'institue. Telle est actuellement la situation mondiale. Dans la divergence des législations positives, le premier problème d'un droit international axé sur la paix est de chercher, par une détermination des compétences, comment harmoniser les réformes de structure, qui paraissent nécessaires à certains Etats, avec l'équilibre général du monde.

Nous ne pouvons admettre que « bon nombre d'Etats reviennent au principe de la souveraineté et au consentement des nations comme à la seule base solide du droit international actuel », car cette constatation serait celle, non pas même d'un déclin, mais d'un recul du droit, inacceptable pour l'Institut qui doit le faire progresser ; et dès lors nous ne saurions faire nôtre cette conclusion qu' « il ne paraît pas opportun de chercher à l'heure actuelle la solution du problème des nationalisations dans les délibérations de l'Institut ». Tout au contraire, il semble indispensable que l'Institut se prononce, soit dans un sens, soit dans l'autre. Pourquoi le Dr Hobza refuse-t-il à l'Institut d'intervenir ici dans la contradiction des points de vue ? N'est-ce pas son rôle de maintenir la paix par le Droit ? Et quand, en pleine objectivité, le rapporteur essaie

de pénétrer par le droit rationnel jusqu'au fondement d'une distinction juridique que le Dr Hobza approuve entre l'expropriation et la nationalisation, pourquoi lui couper l'occasion d'y trouver la source et l'effet d'une évolution moderne de la conception, en partie individuelle et en partie collective, suivant une mesure à déterminer, du droit de propriété ?

* * *

Tout à l'opposé se place M. *Verzjil.* Il pense que « j'idéalise trop la politique des nationalisations, bien que la critiquant aussi ». Une telle remarque a cet avantage de préciser exactement la position de grande réserve et prudence que j'entends prendre vis-à-vis de mesures dont on ne sait encore, à l'expérience, ce qu'elles peuvent donner. Tout ici me paraît devoir être question de sincérité, de circonstance et de mesure. Il y a des nationalisations qui sont manifestement inacceptables alors qu'elles prétendent se faire sans la plénitude de l'indemnité conformément au principe que nul ne peut être privé de sa propriété si ce n'est quand l'utilité publique l'exige et moyennant une juste et préalable indemnité. Ces nationalisations inacceptables sont celles qui se glissent sous une formule qui ne correspond en rien aux réalités, par exemple celles qui masquent sous une réforme agraire une expropriation de biens ennemis ou encore celles, dénuées de liberté, qui prétendent se justifier par l'imitation pure et simple d'un Etat voisin d'ailleurs puissant. De même encore je ne saurais admettre qu'un Etat, ayant pris l'engagement de ne pas nationaliser, rompe cet engagement, et je ne crois pas me tromper en disant qu'il y a plus de force de résistance au point de vue de l'efficacité juridique dans le contrat que dans la propriété : c'est ainsi que nous avons vu la loi polonaise, au moment même où elle nationalise les entreprises étrangères, garantir contre toute mesure du même

ordre celles qui apporteraient, soit de l'argent frais, soit du matériel nouveau dans une affaire ancienne, soit même une affaire toute nouvelle. La propriété évolue-t-elle aux points de vue agricole, industriel ou autres, vers une forme collective ? Ou au contraire doit-elle rester pour toutes les exploitations, pour toutes les entreprises, sous la forme ancienne de propriété individuelle, soit de particuliers, soit de grandes entreprises ?

C'est une question sur laquelle les différents Etats peuvent varier dans l'exercice de leur souveraineté particulière ; à eux de choisir le procédé qui leur paraît économiquement et socialement le meilleur. C'est la seule manière de concilier deux thèses opposées dans le respect des expériences, sinon sans doute d'une manière définitive, tout au moins d'une façon provisoire, au stade de civilisation où nous sommes et dans une mesure qui ne heurte pas le droit de l'homme, ce qui nous conduit à poser le problème des nationalisations en face, non pas seulement du droit de l'Etat, mais du droit de l'homme, soit national, soit étranger.

Il serait sans doute prématuré de se demander si le droit international peut, dans le stade actuel de son évolution, défendre le national contre une nationalisation excessive. A chaque Etat de voir pour le moment quel régime de propriété il entend, par des décisions libres, instituer sur son territoire, mais en ce qui concerne l'étranger la situation est toute différente. A une époque où le traitement du national relève de la souveraineté à laquelle il participe, le traitement de l'étranger ne saurait être placé d'une manière discrétionnaire sous une souveraineté à laquelle il ne participe pas. La distinction du national et de l'étranger est maintenue dans le projet accepté par M. Verzijl. Ainsi nous nous rencontrons dans le détail alors même que nous divergeons sur le principe ; mais cet accord ne va pas plus loin. M. Verzijl trouve que la limite de l'expropriation et de la nationalisation est incertaine, et, comme il la trouve incer-

taine, il se refuse à toute distinction entre le traitement de l'une et de l'autre. Ce n'est pas parce qu'il s'agit d'un acte d'administration isolé, local, mais d'un cas touchant aux grands problèmes de structure, dans une expropriation en série, surtout une série d'industries du même ordre et dans un même pays, qu'une certaine différence doit être faite au point de vue du traitement de l'étranger, car dans les deux cas la *ratio dicendi* est la même. C'est précisément contre cette opinion que je dois maintenir la position du rapport. Non, la *ratio dicendi* n'est pas la même: Sans doute, dans l'un et l'autre cas, l'opération consiste en une privation de propriété. Mais cette privation n'a pas, dans les deux cas, la même ampleur, les mêmes effets, ici locaux, là nationaux. Dans l'un, l'opération ne touche en rien à la structure économique du pays, l'indemnité ne sera jamais considérable, la non-opération de l'atteinte aux droits de l'étranger n'aura pas pour la sauvegarde de l'Etat, sa prospérité économique, sa paix sociale, des conséquences appréciables. Dans le premier cas l'acte est indifférent, dans le second il ne l'est pas, du moins il prétend ne pas l'être, ce qui de suite ouvre une discussion délicate mais laisse apercevoir un critérium possible. Aussi cette distinction qui me paraît fondamentale, niée par M. Verzijl, est-elle reconnue par d'autres de nos Confrères qui se déclarent ici complètement d'accord avec moi.

« La différenciation entre expropriation et nationalisation, écrit M. *Paul Guggenheim*, a mon entière adhésion. »

M. *Idman* m'écrit de son côté : « Je suis tout à fait d'accord avec vous que la jurisprudence est insuffisante pour régler les cas de grande envergure en présence desquels un Etat peut se trouver vis-à-vis des étrangers en accomplissant une réforme qui est nécessaire. Le devoir d'un sacrifice apparaît alors même pour les étrangers ; il suffit que l'indemnité dans ce cas-là soit raisonnable. »

Sans être aussi catégorique — loin de là — que M. Verzijl,

M. Bagge, tout en reconnaissant l'intérêt d'établir des règles relatives aux effets internationaux de la nationalisation, me déclare courtoisement qu'il paraît prudent de limiter cette tentative plus que je ne l'ai fait dans le rapport et tâcher de convaincre les représentants des Etats que leurs pays n'ont pas le droit, alors qu'ils en ont le pouvoir, de donner eux-mêmes, quant à la nationalisation des biens situés dans leurs pays, des règles aussi étendues. Mais il espère quand même voir la question disparaître devant la constatation par les Etats de leur véritable intérêt qui est de garder la confiance des étrangers disposés à investir chez eux leurs capitaux, ce qui, comme de récents exemples le montrent en Pologne, en Tchécoslovaquie, en Roumanie, n'est certainement pas le cas. D'où la nécessité de chercher une cote mal taillée dans la reconnaissance d'une indemnité aussi adéquate que possible pour éviter des situations internationalement regrettables.

Le Sénateur *Henri Rolin* est formel. Il n'hésite pas à donner un avis totalement favorable à la distinction de l'expropriation, qui dans un cas local appelle le plein de l'indemnité, en faveur d'un intérêt privé de petite envergure, et de la nationalisation, dont le caractère non plus simplement administratif, mais hautement politique, demande à l'individu des sacrifices plus étendus sans cependant, d'après lui, que le traitement international s'élève ici au-dessus du traitement national.

Favorable aussi aux vues du rapporteur, dans l'ensemble, se déclare *M. Kuhn*, qui sait, par l'expérience américaine, combien il est difficile d'obtenir des Etats nationalisateurs, notamment au Mexique dans les affaires agraires, des indemnités toujours lentes à venir en dépit de l'insistance des Départements d'Etat.

Sur ce point essentiel, pour tenter du point de vue pratique une conciliation entre les deux thèses, la distinction de l'expropriation et la nationalisation est capitale, aussi trouve-t-elle

l'appui particulièrement autorisé des Professeurs Lauterpacht et Hans Wehberg.

Le Professeur *Lauterpacht* se déclare nettement en accord avec ce qu'il considère très exactement comme la principale proposition du rapport, savoir, le dernier paragraphe de l'article 11, relatif à la détermination de l'indemnité dans des conditions plus accessibles que celles de l'expropriation. C'est là une adhésion très importante encore qu'elle soit suivie de quelques demandes d'explications auxquelles il est aisé de satisfaire : « J'ai, dit-il, quelque difficulté à suivre la distinction du rapporteur, sur laquelle une grande partie du rapport est basée, entre nationalisation et expropriation. Il ne la définit pas. Sans doute, il y a des cas dans lesquels la distinction entre l'une et l'autre est claire, mais il n'est pas clair pour moi quelle différence il y a du point de vue du devoir d'indemnité entre l'enlèvement de la propriété aux fins de la nationalisation et l'expropriation d'une certaine catégorie définie de propriété pour l'objet par exemple d'une réforme foncière comme dans le cas bien connu de la réforme agraire en Roumanie, avant la seconde guerre mondiale. » Ici j'arrête la citation, car je dois immédiatement dire que dans ma pensée comme dans celle de notre Confrère, il n'y a pas de différence entre une réforme agraire et la nationalisation d'une industrie-clé : dans les deux cas il s'agit d'une opération de grande envergure dans un but d'amélioration des conditions d'exploitation, de paix intérieure et de satisfaction de la justice sociale. Dans les deux cas, l'atteinte aux droits acquis se place sur un plan supérieur d'humanité qui demande à l'étranger de faire, par devoir d'humanité, sinon ce que fait par devoir national le citoyen, du moins quelque chose : *homo sum, humani nihil alienum puto.*

Notre savant Confrère ajoute : « L'enlèvement de la propriété des Compagnies pétrolières au Mexique en 1937 et

1938 était généralement rapporté comme une expropriation, mais il est probable que le rapporteur préférerait le décrire comme une nationalisation. Il est possible que ce que le rapporteur a d'abord en pensée, quand il se réfère à l'expropriation, soit la privation de propriété pour des objets spécifiquement limités, tels que la construction d'un chemin de fer ou la destruction d'immeubles dans un but sanitaire ; mais s'il en est ainsi, je ne suis pas sûr que les termes catégoriques de pleine indemnité, suggérés par le rapporteur, constituent une règle existante ou désirable du droit international. »

En suggérant que pour moi la défense du Mexique contre l'intrusion dans sa politique des Compagnies pétrolières est non pas une expropriation, mais une véritable nationalisation, mon savant Collègue de Cambridge ne se méprend assurément pas sur ma pensée. Entre l'expropriation et la nationalisation, il y a cette différence essentielle que l'une est locale, dans l'ordre administratif, l'autre nationale, dans l'ordre politique, ce qui peut d'ailleurs, dans le cas de la défense contre les Compagnies pétrolières de l'Etat mexicain, conduire, en droit, à la suppression de toute indemnité. Mais il me semble, d'autre part, que dans le cas d'expropriations, M. Lauterpacht serait d'avis qu'il n'y a pas toujours à faire, comme je le propose, une pleine indemnité : ce qui reviendrait à dire que toutes les fois qu'un intérêt général est en jeu, ne serait-il pas national, tous doivent se contenter d'un abattement que ne supporterait pas, avec la lésion, la propriété dans les relations économiques courantes. Sans entrer dans de telles nuances, il suffit *grosso modo* de s'en tenir à l'article 6 du contre-projet *Rolin* ainsi conçu : « La nationalisation ne peut, du point de vue du droit des gens, être confondue avec l'expropriation dont elle se distingue à la fois par l'étendue et par la finalité. »

Le Professeur *Hans Wehberg* est particulièrement encourageant. Il se prononce d'une manière très favorable et je peux dire

qu'il m'a admirablement compris : « Vous avez évité d'une part de faire trop de concessions à la tendance moderne qui voudrait procéder à des nationalisations sans une indemnisation équitable, et, d'autre part, d'examiner le problème d'un point de vue trop rigide, en ne tenant pas compte des possibilités de la vie pratique. » Ceci me rend particulièrement sensible à cette remarque : « Je ne suis pas sûr que vous ayez défendu le droit de l'individu à la propriété d'une manière tout à fait conséquente », et à cette autre : « En vous montrant partisan de la fixation d'un montant global d'indemnité, ne vous éloignez-vous pas un peu de votre point de départ ? Cette méthode a de grands inconvénients pour les droits des individus. Elle suppose qu'ils renoncent en fait à une partie de leurs justes revendications. » Sur ces deux points je tiens à m'expliquer. Sans doute le droit de propriété est un droit de l'homme inscrit dans la déclaration du 10 décembre 1948, mais ce n'est pas, en raison de ce texte ou de tout autre du même genre, l'Etat qui crée le droit de l'individu, c'est au contraire l'individu qui, de sa nature et par sa volonté, crée l'Etat. Il n'y a pas de contradiction dans ma pensée, mais simplement l'affirmation de deux idées qui me sont chères : l'une, celle de l'existence d'un droit naturel, rationnel ou objectif ; l'autre, celle que ce n'est pas la volonté de l'Etat qui crée le droit. J'affirme ici ma conviction sur le fondement du droit des gens ; il est possible de l'exprimer dans un rapport, sans qu'il y ait de ma part contradiction de moi-même, mais d'un certain nombre de mes Confrères dans l'acception du droit auquel nous nous sommes consacrés dans un même esprit de progrès, quoique avec des interprétations différentes.

D'autre part, je reconnais que l'Etat a pour mission de dire, réaliser, développer le droit de l'homme et que c'est là la principale fonction de cette institution. Le droit en question n'est pas le droit de l'Etat, mais le droit de l'individu.

L'Etat est simplement appelé à le faire valoir par la protection diplomatique, en attendant qu'une institution supérieure, au titre international, lui donne une protection plus large, qui pourrait comprendre, à côté du ressortissant, le domicilié et qui même, étant plus générale, en ce qui concerne ceux qui l'exerceraient, serait plus forte. Mais tout en admettant que les individus, destinataires et même titulaires, comme personnes juridiques, du droit international, ont ici leurs droits propres que l'Etat fait valoir sans pouvoir les en exproprier (voir à cet égard la position de Politis et de moi-même, à Oslo). Je me demande, à l'occasion précisément de la nationalisation, si, dans le soutien des droits de l'individu à l'étranger, l'Etat n'a pas encore à se manifester comme un être ayant par lui-même globalement, en dehors de l'individu, des droits purement étatiques qui l'amènent à des opérations de force dans l'exercice de sa puissance ; car si l'individu est sujet du droit, cela ne signifie pas que l'Etat ne soit pas, lui aussi, le dépositaire d'une certaine puissance avec laquelle il prend, en dehors des individus, qui n'en sont pas capables par eux-mêmes, compétence d'organiser, administrer et, le cas échéant, faire respecter la paix. Il y a un fait indéniable dont nous devons actuellement tenir compte : la guerre n'est plus seulement militaire, elle est économique et morale. Laissons de côté ce dernier aspect, mais arrêtons-nous au précédent : la guerre économique. A la différence de la guerre des armes, elle doit pouvoir être faite seule, sans accompagnement de guerre militaire. Or, dans cette guerre, la puissance économique de l'Etat représente un instrument d'équilibre qui, dans la nationalisation, entre en conflit, le cas échéant, avec ce que peut être ou veut être la force économique de l'Etat nationalisateur. Ainsi la nationalisation ne met pas seulement le nationalisateur en face de particuliers, personnes privées, mais en face d'Etats ; c'est ce que j'ai cherché à exprimer dans la deuxième

partie de mon rapport. Il n'y a pas contradiction, mais juxtaposition.

D'autre part, si je parais abandonner la position de défense des droits de l'individu, c'est pour servir celui-ci dans un esprit véritablement pratique et d'accord avec les expériences les plus récentes de la protection de l'individu en face des nationalisations de plus en plus croissantes. Il y a du reste à considérer ceci que, tout en demeurant par suite du double droit, individuel-étatique, qui s'exerce sur les biens à l'étranger sous le contrôle de l'Etat national, le propriétaire privé, qui, dès lors, ne peut renoncer à l'indemnité, doit s'étonner d'avoir moins de pouvoir juridique sur ses droits hors frontières qu'entre frontières. Pour moi, dans ce cas, hors frontières, il doit être tenu comme courant un certain risque sur le plan international qui dépasse celui qu'il a sur le plan interne. Nous avons droit à plus de sécurité patrimoniale dans notre Etat que dans un Etat étranger ou plus exactement notre Etat nous doit une protection plus grande à l'intérieur de ses frontières qu'à l'extérieur, ce qui notamment se marque dans la théorie des dommages de guerre. Ce sont là des idées délicates, applicables dans bien des cas à des hypothèses nouvelles, mais elles naissent naturellement d'événements qui demandent un renouvellement de nos analyses avec un approfondissement qui s'impose à ceux mêmes qui sont le plus éloignés des révolutions, et, par cela même, d'autant plus pénétrés de la nécessité des évolutions.

* * *

Il y aurait sans doute plus d'une observation à présenter sur les si intéressantes réflexions provoquées par le rapport.

Bien que certains des membres en désirent la restriction, je me crois cependant, étant donné l'avis de l'ensemble, encouragé à maintenir devant l'Institut tous les points essentiels, avec le

sentiment que ce n'est plus seulement mon œuvre personnelle, mais, sauf quelques nuances de détail, celle de la Commission toute entière que je défends.

Ayant préparé, sur les avis qui me furent donnés, un nouveau texte où pénètrent certains amendements qui m'ont été proposés, je me crois autorisé à présenter non plus comme rapport simplement provisoire, mais définitif, à l'examen de l'Institut et non plus seulement de la Commission, l'ensemble des documents qui précèdent avec le projet de Résolutions qui suit.

E.

Projet définitif de Résolutions

Titre premier

Notion de la nationalisation

Article 1

La nationalisation est l'opération de haute politique par laquelle un Etat, réformant tout ou partie de sa structure économique, enlève aux personnes privées, pour la remettre à la nation, la disposition d'entreprises industrielles ou agricoles d'une certaine importance en les faisant passer du secteur privé au secteur public.

Titre II

Conditions de la nationalisation de biens des étrangers

Article 2

La nationalisation ne peut s'exercer que par un acte de la puissance publique souveraine, seule qualifiée pour demander aux personnes physiques ou morales le sacrifice de leurs droits particuliers à l'intérêt général.

Article 3

Elle ne peut prétendre, au stade actuel de la civilisation, qu'à des applications limitées par le droit, sans rompre entre les Etats la communauté juridique universelle.

Article 4

Elle ne peut s'étendre au delà des frontières, soit au regard des nationaux, soit au regard des étrangers.

Article 5

La nationalisation, acte unilatéral de souveraineté, doit respecter les engagements valablement conclus, soit par traité, soit par contrat.

Faute de ce respect, il y aurait déni de justice donnant naissance, non pas à une simple indemnité, valeur pour valeur, mais à des dommages-intérêts, à caractère pénalisateur.

Article 6

Elle ne doit pas procéder d'une arrière-pensée de fiscalité, mais procéder, directement, d'une idée de réforme à caractère économique et social.

Article 7

Elle peut porter sur les nationaux sans porter sur les étrangers ; elle ne peut atteindre les étrangers sans atteindre les nationaux.

Article 8

Les étrangers ont droit à la détermination directe de leur traitement, sur le plan international, serait-il alors supérieur au traitement national.

Article 9

Il n'appartient pas aux étrangers de renoncer par avance au traitement international (*contra* Wehberg).

Article 10

Les sociétés étrangères par le contrôle, nationales par le siège social, ont droit au traitement international.

Variante (amendement Idman) : Les étrangers peuvent renoncer au traitement international. — Les sociétés étrangères par le siège social ont droit au traitement international.

Variante (amendement Bagge) : Les actionnaires étrangers de toute société, qu'ils aient le contrôle ou non, doivent avoir droit, en cas de nationalisation, au traitement international.

Titre III

Indemnisation

Article 11

D'inégale force dans leur atteinte à la propriété, droit naturel de l'homme, l'expropriation et la nationalisation ne sont pas, devant le droit des gens, sous la même loi.

Pour l'expropriation, incident isolé de l'administration locale, la propriété demeure le droit dont nul ne peut être privé si ce n'est quand la nécessité publique, légalement constatée, l'exige sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

Pour la nationalisation dont l'élévation des buts, l'ampleur des moyens, la grandeur des perspectives, en vue de réformes de structure, tant au point de vue des rendements espérés que de la paix sociale dans la progression du bien-être humain, demandent, à la perte des droits acquis, des conditions plus accessibles pour ne pas être prohibitives, il suffira de l'utilité publique, d'une indemnité basée sur les possibilités du débiteur, raisonnablement considérées, dans un paiement réduit échelonné sur un délai normal.

Titre IV

Procédure

Article 12

Dans l'expropriation, c'est au particulier qu'il appartient de faire valoir son droit contre l'expropriateur, sauf, en cas de déni de justice, à s'adresser à la protection diplomatique, et, par elle, à gagner, sous l'assistance de la représentation étatique, l'accès de l'instance internationale.

Dans la nationalisation, c'est à l'Etat lui-même qu'il appartient de se saisir immédiatement de l'atteinte portée à son économie extérieure par les mesures internes de l'Etat nationalisateur, afin d'en obtenir le redressement.

Article 13

Ecartant la règle que l'instance internationale ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, cette procédure, dans la nationalisation, s'ouvre sur une déclaration contestant, le cas échéant, l'utilité de la réforme, d'abord par l'exercice immédiat de l'action diplomatique, ensuite devant une instance judiciaire globale, à porter devant des tribunaux spéciaux, à compétence technique marquée (tribunaux économiques).

Article 14

Si l'utilité n'est pas contestée, la question de la compensation économique à fournir par l'Etat nationalisateur doit faire l'objet d'une négociation interétatique directe dont l'évaluation des pertes éprouvées par les ressortissants nationalisés ferait la base, mais non le *quantum*.

Article 15

Dans l'évaluation des valeurs nationalisées ne doivent pas être compris les biens de l'entreprise qui, à la date du transfert du secteur privé au secteur public, se trouvent, même *in transitu*, hors des frontières.

Article 16

Les créances et les dettes de l'étranger, personne physique ou morale, non domicilié dans le pays, restent hors d'atteinte.

Les créances étrangères des entreprises nationales, soumises à la nationalisation, n'y sont pas comprises.

Article 17

L'estimation des entreprises nationalisées doit se faire contradictoirement, en toute liberté, bien par bien, valeur par valeur, sans tenir compte ni des capitaux investis, ni de la perte de bénéfices raisonnablement espérés.

Article 18

Pour plus de rapidité, les Etats intéressés, nationalisateur et des nationalisés, peuvent, d'un commun accord, faire de l'indemnité, dans un délai mesuré (deux ou trois ans par exemple), l'objet d'un forfait négocié dans le libre jeu de l'interdépendance économique avec appel, le cas échéant, à la procédure d'arbitrage des tribunaux économiques, précédemment prévus, ou à son défaut, toute autre, organisée dans le cadre de l'O.N.U. ou d'une association fédérative régionale.

Il est bien entendu que ces organismes tiendront compte d'autres conditions que de celles de la stricte justice commutative, avec une liberté qui présentement pourrait manquer à la Cour internationale de Justice.

Article 19

Dès que l'Etat nationalisé s'est entendu avec l'Etat nationalisateur sur le nombre et la valeur des entreprises nationalisées, ainsi que sur le montant de l'indemnité (forfaitaire ou non), il doit en opérer la répartition entre ses ressortissants suivant la valeur économique réelle de leur entreprise, d'abord par famille industrielle, puis dans chaque groupe, par firme, au moyen d'une commission technique à base arbitrale, sans aucun préjugé de race, de religion ni d'opinion.

Article 20

Le paiement doit avoir lieu dans la monnaie du créancier ou, d'un commun accord, dans une monnaie de valeur internationale reconnue, librement stipulée ou arbitrée conformément aux décisions du tribunal économique, ou encore en nature, pour le quantum déterminé dans le libre jeu de la négociation transactionnelle ou, à défaut, de la décision arbitrale.

Article 21

Le paiement sera, le cas échéant, échelonné sur un terme en proportion avec les ressources financières de l'Etat nationalisateur, les perspectives commerciales de l'Etat des nationalisés et les conditions générales de la nouvelle entreprise.

En cas d'échec de la négociation diplomatique, l'arbitrage économique doit résoudre toute difficulté sans perdre de vue ni la sauvegarde générale de la paix, ni l'intérêt particulier du progrès social.

Titre V

Sanctions

Article 22

En aucun cas l'Etat étranger ne peut réclamer pour ses ressortissants dépossédés un mode d'indemnisation plus favorable que celui qu'il a lui-même accordé ou prévu aux ressortissants de l'Etat nationalisateur atteints de mesures analogues.

Article 23

Quand la nationalisation s'est déroulée conformément aux règles ci-dessus posées, les effets acquis sur les biens situés dans l'Etat nationalisateur doivent être reconnus par les ins-

tances administratives ou judiciaires des Etats étrangers *(projet Henri Rolin)*.

Dans le cas contraire, les tribunaux étrangers peuvent, au nom de l'ordre public, refuser d'en accepter les effets.

Article 24

En vertu de leur souveraineté, les gouvernements étrangers peuvent subordonner au retrait de la nationalisation, quand elle prend un caractère abusif, soit la reconnaissance *de jure* ou *de facto*, soit le maintien des relations diplomatiques (*contra* Lauterpacht).

Article 25

L'interdiction de la guerre faite par l'O.N.U. non seulement à ses membres, mais à tous, doit s'étendre de la guerre militaire à la guerre économique et, dès lors, à la guerre froide par laquelle se ferait, dans un simple but d'hostilité, soit l'abusive interdiction, soit l'agressif développement des nationalisations.

Article 26

Il est souhaitable que les Etats ayant procédé à la nationalisation de certains secteurs de la production recherchent, par des ententes techniques régionales, l'élargissement de leur champ territorial d'application afin de s'élever graduellement au stade supérieur de la mondialisation des industries-clé.

III. L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)

1. Rapport

présenté au nom de l'ancienne septième Commission en 1939

par

M. A. Raestad

INTRODUCTION

Le 2 juillet 1938, le rapporteur a adressé aux membres de la Commission un questionnaire. Tous les membres de la Commission ont répondu à l'appel, à l'exception de M. Henri Rolin. Dans le nombre de ceux qui ont répondu au questionnaire se trouvent également MM. Mahaim et Kebedgy, maintenant décédés. Il y avait donc, au total, 10 réponses.

Sur la base des observations recueillies, le rapporteur a soumis à la Commission (complétée entretemps par MM. Muûls et Barcia Trelles) un rapport préliminaire. Celui-ci fut examiné à une réunion de la Commission tenue à Paris les 20 et 21 février 1939. Etaient présents à cette réunion, outre le rapporteur : MM. de la Barra, Basdevant, Barbosa de Magalhães, Muûls, Schindler. M. Pierre Basdevant exerçait les fonctions de secrétaire.

Au cours de cette réunion, le texte d'un projet de Résolutions fut arrêté. Ce texte, accompagné d'un projet de commentaires, fut envoyé aux membres de la Commission, pour observations. Des observations faites il a été tenu compte dans la rédaction définitive des résolutions et des commentaires.

Résumé des points de vue exposés par les membres de la Commission

1. — *L'asile « neutre » écarté*

Dans le questionnaire, les membres de la Commission furent priés de se prononcer sur la question de savoir si l'asile dit neutre ou de neutralité — fonctionnant donc en vertu du droit de la guerre — devait être compris ou non dans l'examen. Deux des membres ne se sont pas prononcés directement, deux (Barbosa de Magalhães, Schindler) se sont prononcés pour, six (Hammarskjöld, Mahaim, Hudson, Perassi, Basdevant, Kebedgy) se sont prononcés contre. Dans ces conditions, l'asile neutre s'est trouvé écarté de l'examen.

Point terminologique : M. Schindler propose de réserver l'expression « asile » pour l'asile en temps de paix et d'employer le terme « internement » pour l'asile neutre. Voir aussi les commentaires afférents au titre des Résolutions.

2. — *Les deux variantes de l'asile maintenues*

M. Hudson est d'avis que « the real need of a *law* of asylum arises only with regard to action taken by agents of one State on the territory of another State » et que, par conséquent, le terme « asile » tout court doit désigner toujours l'asile dit interne. (En effet, « right of asylum », en anglais, ne correspond pas tout à fait au « droit d'asile » en français.)

M. de la Barra exprime un avis analogue, disant que le problème de l'asile « extérieur » se présente seulement comme un problème politique interne, dans lequel les sentiments d'humanité pourront se manifester amplement, tandis que l'asile « interne » soulève de graves questions de droit. Relevons aussi que selon M. Basdevant, le terme « asile » n'est pas de très grande utilité pour désigner la situation de la personne se

trouvant sur le territoire de l'Etat A alors que l'Etat B désire l'appréhender. Toutefois, dans le langage courant des chancelleries, « asile » désigne souvent une protection accordée par l'Etat sur le territoire même de cet Etat (ainsi, dans l'expression « droit d'asile »), et c'est pourquoi, selon la décision prise à la réunion de février 1939, la Commission réserve, dans son projet de Résolutions, une place également à des clauses relatives à l'asile « externe ».

3. — *« Asile », ici, ne peut pas désigner un lieu*

Le terme « asile » peut-il, dans cet examen, être employé pour désigner le lieu de l'asile ? Des sept membres qui se sont prononcés, trois (Basdevant, Hudson, Perassi) estiment que le terme ne doit pas être employé dans le sens d'un lieu. Pour M. Basdevant, quand on rencontre cette idée, on devrait employer l'expression « lieu d'asile ». Parmi les quatre qui admettent l'emploi du terme « asile » dans le sens d'un lieu (Barbosa de Magalhães, Kebedgy, Mahaim, Schindler), M. Mahaim a soin d'ajouter que c'est à condition qu'il ressorte clairement du contexte que le mot est pris dans ce sens.

Dans ces conditions, les résolutions proposées emploient « asile » uniquement dans le sens de la protection accordée à la personne accueillie.

4. — *Signification de l'expression « droit d'asile »*

Le projet de Résolution n'emploie pas l'expression « droit d'asile ». Dans la pratique, « droit d'asile », terme de langue française, est presque toujours employé pour désigner le droit d'un Etat d'accorder asile sur son propre territoire (asile externe). En effet, pour des raisons historiques, ce droit a été à l'origine conçu dans le sens du droit (subjectif) de l'Etat d'accorder asile sur son territoire à un individu poursuivi par un autre Etat. En signant la Convention de La Havane en

1938, les délégués des Etats-Unis dans une réserve ont refusé de reconnaître que la doctrine de l'asile (interne) fasse partie du droit international. De l'avis de la Commission « le droit subjectif international d'un Etat vis-à-vis d'un autre d'accorder asile » (Perassi) doit être conçu comme limité au seul « asile externe ».

De l'avis de quelques membres de la Commission, l'expression « droit d'asile » doit de préférence être utilisée pour désigner « l'ensemble des règles concernant l'asile » (Basdevant) ou « les règles juridiques se rapportant aussi bien aux relations d'Etat à Etat qu'aux relations entre l'Etat et l'individu asilé » (Schindler). Pour d'autres membres, l'expression «droit d'asile» doit, selon le cas, pouvoir désigner « soit le droit subjectif dont il a été parlé, soit l'ensemble des règles du droit international concernant l'asile (droit d'asile au sens objectif) » (Perassi) ou « l'ensemble des questions qui s'y réfèrent » (Kebedgy). Il est pourtant reconnu que pour désigner l'ensemble des règles concernant l'asile, il serait plus correct de dire « droit de l'asile » (comme on dit « droit de la guerre »).

De l'avis de la Commission, dans le cadre de la discussion ici engagée, l'expression « droit d'asile » doit de préférence désigner la compétence, résultant des règles du droit international public, pour un Etat d'accorder asile dans les conditions voulues par ce droit. Ce « droit », loin d'être subjectif dans le sens d'appartenir à tel ou tel Etat en tant que personne, est la simple conséquence du fait que le droit international n'impose à l'Etat de refuge aucune obligation susceptible de faire échec à son désir d'agir selon les impulsions d'un sentiment d'humanité.

5. — *Le terme « asilé » constitue un néologisme*

Pourrons-nous en faire notre profit ? De l'avis de M. Basdevant, ce terme « ne paraît avoir été employé qu'en cas d'asile

interne. Il ne semble pas utile d'en étendre davantage l'emploi ». Et M. Mahaim : « Le mot asilé n'est pas français. Il peut cependant être utile, par raison de brièveté. En tout cas, je le réserverais (comme on l'a fait dans la guerre d'Espagne) aux individus recevant asile dans une ambassade ou une légation étrangère ». D'autres membres pensent au contraire qu'il devrait désigner toute personne qui aura obtenu asile. En effet, la logique linguistique semble vouloir que si le terme « asilé » est reçu, son sens soit coextensif avec celui du terme « asile ». Dans le projet de Résolutions, le mot n'est pas employé.

6. — *Nature de l'asile « interne »*

Au sujet de la nature de l'asile interne, plusieurs membres de la Commission ont présenté, en réponse au questionnaire, des observations de caractère général. Ci-après, elles sont reproduites en partie.

M. Mahaim estime que « la justification de l'asile interne réside uniquement dans des considérations d'humanité ». Ainsi, l'asile interne ne reposerait sur aucune règle de droit international autorisant les procédés qui le constituent, c'est-à-dire refusant à l'Etat territorial le droit de réagir. Or, les immunités diplomatiques et celles dont jouissent les bâtiments de guerre étrangers, ne fournissent-elles pas à l'exercice de l'asile interne une base de droit suffisante (Hammarskjöld) ? Tel n'est pas l'avis de M. Perassi, pour qui « le droit d'asile interne ne saurait être considéré comme découlant nécessairement de l'immunité dont jouissent les ambassades et légations selon le droit international commun ». De même, M. Barbosa de Magalhães déclare qu'« en dehors des conventions, le droit d'asile ne peut se justifier ni par la notion d'immunité, ni par celle de l'exterritorialité ». Seulement, « si l'Etat où la pratique est exercée, ne l'admet pas, et si l'asile est accordé par une Ambassade, il doit présenter sa réclamation à l'Etat auquel

l'Ambassade appartient, et non mettre fin à l'asile par la violence ». De même, pour M. Schindler, « le droit international public général ne connaît pas un droit d'asile interne ». Mais l'Etat territorial « n'a pas le droit de faire saisir l'individu dans l'hôtel ». Ainsi, l'immunité diplomatique n'implique pas un droit d'accorder asile, elle ne sert que d'obstacle à l'Etat territorial prenant lui-même des mesures pour faire cesser l'asile. L'immunité diplomatique sert d'exception en face de la poursuite unilatérale tentée par l'Etat territorial. Aussi, la Convention de La Havane sur les membres du Corps diplomatique ne touche-t-elle qu'incidemment à notre question, disposant à l'article 17 que les fonctionnaires diplomatiques sont obligés de remettre à l'autorité locale compétente l'accusé ou le condamné pour « délit commun » réfugié dans la mission, alors que l'article correspondant de la Convention sur les agents consulaires (article 19) oblige les agents consulaires à remettre les accusés ou les condamnés pour « délits ». Les conférences panaméricaines ont traité l'asile dans une Convention à part.

Il ne semble pas y avoir opposition de fond entre les vues ainsi exprimées et celles exprimées par MM. Hudson, Kebedgy et de la Barra. M. Hudson estime que « the origin of asylum may be attributed partly to custom, partly to general principes. Its moral justification is to be found in considerations of humanity ». M. Kebedgy dit que « l'Etat territorial a le devoir de respecter ce droit, pour autant qu'il s'exerce dans certaines limites. Le droit d'asile me paraît découler avant tout des principes généraux ; la coutume le confirme ainsi ». M. de la Barra, de son côté, considère le droit d'asile interne comme la faculté qu'un Etat a « d'accorder l'asile dans ses Ambassades et Légations, sur ses bateaux de guerre et aéronefs militaires, aux ressortissants d'un autre Etat qui lui demandent refuge, avec exclusion des coupables de délits de droit commun. L'exercice de cette faculté est soumis toutefois à certaines règles que

la Convention de La Havane a fixées... ». Dans la conception générale qui est celle de la Commission, ou du moins celle de la majorité de ses membres, la faculté d'accorder asile interne ne saurait constituer une compétence de l'Etat de l'Ambassade, etc., découlant des règles du droit international.

Cela n'empêche pas que, dans certains cas, même en l'absence de toute convention, l'Etat de l'Ambassade, etc., puisse revendiquer un véritable droit d'accorder asile interne à certaines catégories de personnes et sous certaines conditions. M. Schindler s'exprime ainsi : « Des règles de droit particulier peuvent justifier l'exercice de ce droit. Ces règles peuvent résulter : 1) du droit national d'un Etat, dans le territoire duquel une ambassade accorde l'asile, ou d'une coutume locale. Il s'agit de règles qui, dans ces cas, ne relèvent pas de l'ordre juridique international ; 2) de la coutume internationale qui s'est formée parmi certains Etats. Cette coutume trouve peut-être expression dans une convention internationale (pour les Etats qui ne sont pas formellement liés par celle-ci) ou même dans le projet d'une convention internationale... En outre on peut admettre qu'un asile temporaire peut être accordé pour des raisons humanitaires, constituant, dans ce cas, une intervention sur place... On ne pourra parler d'une intervention qu'au cas où une personne est poursuivie par les autorités légales... Dans tous les cas, le droit d'asile ne peut être invoqué que pour la protection des personnes poursuivies pour des raisons politiques, qu'elles aient commis ou non des crimes politiques... L'attitude du gouvernement américain est justifiée dès qu'on considère la pratique d'accorder l'asile politique comme une coutume purement locale ne découlant pas, comme telle, du droit international. La question de savoir si un agent diplomatique peut ou ne peut pas recevoir de réfugiés dépend, sous ces conditions, des instructions qu'il reçoit de son gouvernement. C'est ainsi que l'« executive order » du 1er décembre

1932 dit que l'asile « is not a right of the legate state but rather a custom invoked or consented to by the territorial government in times of political instability ». Pour M. Barbosa de Magalhães, en dehors des conventions, ce n'est que dans certains cas très exceptionnels, qu'un Etat étranger pourra revendiquer le droit d'accorder l'asile sur le territoire d'un autre Etat par l'organe de ses Ambassades, etc. De son avis, non seulement « il n'y a pas droit d'asile en matière d'asile interne (il y a une pratique qui n'est ni générale, ni continuelle, ni pacifique) », mais encore l'octroi de l'asile interne « sera toujours une intervention dans les affaires intérieures du pays et une violation de la souveraineté de l'Etat territorial. En bon droit et en bonne logique, un Etat qui nie le droit d'asile « interne » ne peut pas l'accorder par l'intermédiaire des Ambassades ». Pourtant, si l'Etat se trouve devant « la pratique de quelques autres Etats d'accorder l'asile il peut se réserver de faire autant que les autres Etats ». M. Perassi se borne à relever que la pratique internationale semble admettre l'asile interne dans certains cas, lorsque le fonctionnement normal des pouvoirs publics de l'Etat territorial est troublé... Si ce droit est reconnu par le droit international, l'Etat territorial a le devoir d'en respecter l'exercice, pour autant qu'il est exercé dans les limites fixées par les règles juridiques qui le reconnaissent. L'attitude des gouvernements qui tout en niant l'existence du droit d'asile «interne» se réservent d'accorder asile dans leurs ambassades dans les pays où les ambassades des Etats tiers exercent le dit droit, semble s'inspirer du principe de l'égalité de traitement des ambassades accréditées auprès du même Etat. Tandis que M. Barbosa de Magalhães refuse d'admettre qu'en dehors de tout usage local, « un asile temporaire puisse être accordé pour des raisons humanitaires, constituant une intervention sur place », M. Perassi, ajoutant aux observations précédemment citées, la phrase « la justification de l'asile interne réside dans des considérations

d'humanité », nous donne à comprendre que pour lui, la pratique internationale « semble admettre pareille intervention humanitaire sur place ».

M. de Yanguas Messia, admettant que cette intervention sur place est exercée par l'Etat de l'ambassade, etc., à titre de compétence discrétionnaire, se réfère au fait que le droit des gens ne saurait reconnaître au gouvernement territorial le droit d'apprécier de sa seule autorité si les limites fixées par ce droit à l'exercice du droit d'asile auront été respectées ou non par l'ambassade accordant l'asile.

Les conclusions auxquelles s'est arrêtée la Commission, lors de sa réunion de février 1939, sont exposées aux articles 2-5 des résolutions proposées et dans les commentaires y afférents.

7. — *Nature de l'asile « externe »*

« Un Etat, dit M. de la Barra, en vertu de l'exercice de sa souveraineté nationale, est libre d'accorder ou non l'asile à un ressortissant ou à des ressortissants d'un autre Etat, sans autres limitations que celles pouvant provenir de conventions ou d'autres accords qui le lieraient avec un ou plusieurs Etats. Le problème se présente alors seulement comme un problème politique interne, dans lequel les sentiments d'humanité pourront se manifester amplement. »

Dans le même ordre d'idées, M. Mahaim a rappelé que « le droit d'asile appartenant à un Etat peut rentrer dans un chapitre de droit des gens faisant partie d'un système pédagogique. Ainsi, Rivier range le droit d'asile avec le droit d'expulsion dans ce qu'il appelle le droit essentiel d'indépendance de l'Etat... la formule... a son importance, car elle situe le droit d'asile parmi les droits appartenant à un Etat vis-à-vis de tous les autres Etats, qui seraient mal venus à lui objecter la non-existence de ce droit ».

La Commission a été unanime pour penser que laissé par

la pratique à la discrétion plus ou moins absolue de l'Etat territorial, l'exercice par l'Etat de sa compétence d'accorder asile sur le territoire ne se prête guère à une réglementation poussée.

Pour M. Barbosa de Magalhães « si un Etat accorde l'asile à des réfugiés, l'Etat auquel ceux-ci appartiennent est tenu de respecter l'asile accordé en conformité du droit des gens indépendamment du respect qu'il doit à la souveraineté territoriale de l'Etat accordant asile ». Par contre, de l'avis de M. Perassi, le droit d'asile externe « n'est qu'une des facultés rentrant dans le droit de souveraineté territoriale », et pour M. Schindler, il « résulte simplement de la souveraineté territoriale de l'Etat » et « ne renferme pas de droits et obligations qui ne seraient pas déjà contenus dans les règles relatives à l'exercice de la souveraineté territoriale ». Pourtant, cette divergence dans l'expression ne semble pas toucher au fond. Dire que le droit d'un Etat d'accorder asile externe résulte de sa souveraineté territoriale ne suffit évidemment pas à définir le contenu et les limitations de ce droit ; disant cela, on fait simplement ressortir que l'Etat territorial n'a pas besoin de titre spécifique pour pouvoir procéder sur son territoire aux mesures qui constituent l'asile externe, quitte à être soumis à toutes règles de droit international qui se révèlent limitatives à cet égard. Sur ce point, tout le monde sera d'accord. Maintenant, des cas peuvent se présenter où les mesures en question doivent être respectées par l'Etat du réfugié même dans les effets qu'elles sortent en dehors du territoire de l'Etat accordant asile. Or, sur ce point également, tout le monde sera probablement d'accord.

« Un Etat peut accorder asile sur son territoire à toute personne sous la seule réserve des limites découlant des Conventions auxquelles il est partie » (Perassi). Cela englobe les criminels de droit commun. L'Etat n'est pas tenu de procéder à des poursuites selon son propre code pénal, ni, en général, de colla-

borer à un régime d'assistance internationale en matière pénale.

Selon M. Mahaim, « l'Etat accordant asile est seul juge des restrictions et des concessions », « c'est l'Etat du territoire qui a le droit de déterminer la durée de l'asile comme les autres conditions » ; « le gouvernement du pays auquel appartient l'individu qui a joui du droit d'asile n'a donc pas le droit d'exiger quelque chose ». Selon d'autres membres, l'Etat accordant asile a, dans cet ordre d'idées, des obligations vis-à-vis de l'Etat intéressé au titre de sa sécurité. De l'avis de M. Perassi, « l'Etat accordant asile (externe) a le devoir de prendre les mesures propres à empêcher les asilés, comme toute autre personne, de déployer une activité dirigée contre la sûreté d'un autre Etat. En raison de ce devoir, il y a lieu de surveiller d'une manière particulière les réfugiés politiques en considération de leur tendance à reprendre sur le territoire du pays de refuge leur activité politique ». M. Schindler dit : « Le degré de surveillance des réfugiés dépendra du danger que leurs agissements dans l'Etat accordant l'asile pourraient comporter pour l'Etat intéressé et pour les relations amicales entre ces deux Etats. En général, un tel danger peut plutôt résulter de la présence des réfugiés politiques que d'autres asilés ; cela d'autant plus que des réfugiés politiques formeront souvent des groupes, contrairement aux réfugiés de droit commun, qui sont des individus isolés. C'est évidemment l'Etat accordant asile qui doit empêcher l'asilé de déployer une activité dirigée contre la sécurité d'un Etat tiers. » Et M. Barbosa de Magalhães : « Il peut y avoir deux catégories d'asilés — criminels de droit commun et réfugiés politiques. L'Etat qui accorde l'asile n'est pas tenu de surveiller ceux-là. C'est de son intérêt de les surveiller ; c'est tout. En ce qui concerne les réfugiés politiques, l'Etat qui a accordé l'asile a le devoir de les interner et de réprimer leurs agissements contre l'Etat dont ils se sont enfuis. Il n'a pas le devoir de les

surveiller. Si l'Etat qui a accordé l'asile ne peut pas réprimer efficacement les susdits agissements, il doit, spontanément, ou à la demande de l'Etat intéressé, expulser les réfugiés. En dehors de ça, il peut les expulser dans les mêmes conditions que celles établies par le droit des gens concernant l'expulsion des étrangers. » M. Kebedgy : « Pas de surveillance plus stricte pour les réfugiés politiques. Mais devoir d'expulser, si activité nuisible à autrui. Dans ce dernier cas, l'asile ne saurait être laissé à la discrétion de l'Etat. Une telle prétention de l'Etat de refuge est inadmissible, dès l'instant où l'asilé se sert du territoire comme base de son activité nuisible. » Pour M. Basdevant, « en principe l'obligation de l'Etat de refuge doit être, par rapport au réfugié, la même que par rapport à toute autre personne qui chercherait à exercer une activité contre la sécurité d'un Etat tiers. La circonstance qu'il s'agit d'un réfugié politique fournit seulement un élément de fait propre à attirer l'attention de cet Etat sur les desseins éventuels de ce réfugié ».

L'octroi de l'asile externe est-il constitué par le refus d'extradition ou existe-t-il, à côté de cet acte, d'autres manières d'exercer le droit d'accorder asile ? M. Perassi adopte la première solution : « Le refus d'extradition d'un réfugié est l'acte par lequel l'Etat exprime sa décision d'exercer le droit d'asile. » MM. Basdevant, Barbosa de Magalhães, Schindler, Kebedgy et Mahaim estiment, au contraire, qu'il n'est pas besoin de refus d'extradition pour que l'asile se trouve accordé. Dans une formule lapidaire, M. Kebedgy dit : « L'asile se trouve réalisé du moment que le réfugié reste dans le pays. » Dans le même esprit, MM. Basdevant et Barbosa de Magalhães opinent que l'asile peut se trouver accordé à l'insu des autorités de l'Etat où le réfugié cherche abri.

L'Etat dont le réfugié est le national « n'a qualité que pour le protéger » (Barbosa de Magalhães), et seul l'Etat dont

les intérêts ont été lésés en contravention des règles du droit international est fondé à intervenir. M. Schindler ajoute : « Exception faite des stipulations conventionnelles, les Etats tiers ne peuvent pas faire valoir des droits. »

M. Perassi : « L'Etat accordant asile n'assume pas des obligations spéciales en ce qui concerne le traitement des asilés. Il n'est pas dispensé, d'autre part, en principe, d'observer à cet égard ses obligations internationales relatives au traitement des étrangers. » M. Schindler fait observer qu'en droit suisse, le terme « asile » a une portée assez restreinte, la présence de certains individus étrangers étant simplement « tolérée » ; il ajoute : « En général, la notion d'asile implique que l'asilé est traité avec humanité. Un réfugié qui se trouve en prison ou est interné n'est pas un asilé dans le sens propre du mot, bien que du point de vue des rapports entre l'Etat accordant l'asile et l'Etat tiers intéressé la différence de traitement soit sans importance. Mais il est évident que la tâche de l'Etat d'empêcher les réfugiés de compromettre la sécurité d'un Etat tiers, est grandement facilitée par leur internement. » M. Barbosa de Magalhães s'exprime ainsi : « La notion même d'asile n'implique pas que l'asilé soit traité avec humanité, jouissant d'un minimum de bien-être, mais l'Etat accordant asile ne peut ni ne doit employer de la violence vis-à-vis des réfugiés. Il ne peut que prendre les mesures nécessaires au parfait accomplissement des devoirs ci-dessus indiqués. » M. Basdevant observe : « Il n'y a pas à se faire de l'asile externe une conception qui entraîne pour le réfugié un statut différent de celui des autres étrangers aux points de vue ici considérés. » Et dans le même sens M. Mahaim : « Le fondement du droit d'asile est un devoir d'humanité. Il est donc contradictoire, illogique, de soumettre l'individu à qui l'on accorde asile, à un régime de rigueur qui ressemblerait fort (sauf la mort) à celui auquel il serait soumis dans son pays. »

Commentaires sur le projet de Résolutions

Le titre même des Résolutions

Suivant les termes de son mandat, la Commission n'a envisagé dans les Résolutions projetées que le droit international public et, par conséquent, a écarté l'étude des questions de droit international privé qui peuvent se poser à l'occasion de l'asile (mariage, naissance, contrat dans une ambassade) ainsi que l'étude des cas de refuge qui ne soulèvent pas de question de droit international public (application éventuelle de la juridiction de l'Etat du pavillon par préférence à celle de l'Etat côtier en matière de répression pénale, etc...).

En outre, la Commission a décidé d'exclure de son étude l'asile neutre. Pour indiquer la limitation qui en résulte, elle propose d'ajouter au titre des Résolutions le membre de phrase « à l'exclusion de l'asile neutre ». Des précisions telles que « en temps de paix », « dans l'état de paix », « dans le droit de la paix » risqueraient de trop limiter le champ d'application des Résolutions. En effet, l'asile accordé par un Etat belligérant ou accordé par un Etat neutre à un fugitif provenant d'un pays en guerre ne constitue pas toujours un « asile neutre », conception dont la portée est plus strictement circonscrite.

Le préambule

Dans le préambule, seules ont été citées les Résolutions qui soit directement soit indirectement ont traité de l'asile. On a donc écarté les Résolutions de l'Institut relatives aux immunités diplomatiques (New-York, 1929), car ces Résolutions, partant du principe que les immunités sont des droits, en ont limité la jouissance au seul personnel diplomatique et n'ont pas voulu y incorporer un droit d'accorder asile ; voir, à cet égard, la discussion qui a eu lieu à Cambridge en 1895 lorsque l'Institut a adopté ses premières Résolutions au sujet des immunités

diplomatiques. A New-York, l'Institut n'a même pas repris la question de la faculté pour les missions diplomatiques d'accorder asile, constatant ainsi implicitement que, quelle que soit la justification juridique de l'asile accordé, la source n'en est pas dans les immunités dont jouissent les agents diplomatiques. Autre chose est que, le cas échéant, l'inviolabilité de l'hôtel du chef de mission sert d'obstacle à ce que les autorités locales appréhendent le réfugié : droit purement négatif (voir Gidel, *Le Droit International public de la Mer*, Tome II, p. 284).

De même, le préambule ne cite pas les Résolutions de Venise (1896) sur les immunités consulaires dont l'article 9, alinéa 3, porte : « Si un individu poursuivi par la justice locale s'est réfugié au consulat, le consul devra le livrer sur la simple réquisition de l'autorité territoriale ». Il a paru à la Commission que cette disposition vise des cas autres que ceux auxquels il est fait allusion à l'article 2, alinéas 1 et 2, des présentes Résolutions.

La Commission croit devoir insister sur l'importance que présente, à son avis, l'alinéa 6 du préambule. Cet alinéa montre l'esprit dans lequel les Résolutions ont été rédigées et reflète le rôle constant de l'Institut qui n'est pas tant de codifier le droit international existant que de préciser certains principes qui font partie du Droit International et d'en indiquer les conséquences qui peuvent être utiles pour le bien de tous (M. de la Barra). Il s'agit dans cet alinéa d'une définition du but que l'Institut se propose en émettant les Résolutions. Celles-ci contiendront l'énoncé de règles de droit considérées comme étant le droit actuellement en vigueur ; mais, dans ce cadre, seront introduites des dispositions que l'Institut invite les Etats à prendre constamment pour guide dans leur pratique.

Article premier

La terminologie concernant l'asile est particulièrement défectueuse. M. Gidel, dans son traité « Le Droit International

public de la Mer », rejette même le terme asile, du moins en ce qui concerne les navires, pour lui substituer le terme « refuge ». Sans aller aussi loin, la Commission a écarté le terme « asilé », comme n'étant pas d'un usage suffisamment courant, pour retenir, dans tous les cas d'asile considérés, le terme « réfugié ».

La Commission a été d'accord pour ne donner la définition que des expressions figurant dans le texte des Résolutions. C'est ainsi que l'expression « droit d'asile » absente de ce texte, n'a pas fait l'objet d'une définition. La Commission a toutefois été d'accord pour estimer qu'en droit international public, le terme « droit d'asile » ne saurait désigner un droit quelconque de l'individu, mais seulement la compétence que possède l'Etat d'accorder asile sur son territoire à un individu recherché par les autorités d'un autre pays.

Dans la définition du terme « asile », la Commission a entendu viser non pas tant le statut juridique de l'individu, rapport juridique essentiellement national, que la protection que l'Etat a la faculté d'accorder. D'autre part, la Commission a estimé que sous le même terme « asile » pourrait être comprise la protection accordée aussi bien sur le territoire même de l'Etat que dans un endroit soumis à l'autorité de cet Etat hors de son territoire, sans d'ailleurs préciser expressément quels sont ces endroits soumis à l'autorité de l'Etat et qui sont situés hors de son territoire. Pour ce qui est de la protection accordée à un individu cherchant abri sur le territoire de l'Etat, elle constitue un asile au sens du droit international alors même que selon la terminologie du droit national, réservant le statut de l'asile aux seuls individus admis selon une procédure déterminée, la présence de l'individu sur le territoire est simplement tolérée (Suisse).

De l'avis de la Commission, un état de protection, dans le sens des Résolutions, sera établi du moment que l'individu se trouve sur le territoire ou dans l'endroit soumis à l'autorité

de l'Etat hors de son territoire, alors même que l'individu s'y trouverait à l'insu des autorités (voir les Résolutions précitées de Stockholm, 1928, art. 22, avec les commentaires de M. Gidel, *loc. cit.* pp. 276-277). Cette idée se trouve énoncée dans la définition du terme « réfugié ». Ce terme a été employé dans un sens analogue par les Résolutions de 1936 sur les apatrides et réfugiés. Toutefois dans les présentes Résolutions, il a fallu distinguer avec un soin particulier entre « fugitif » (individu cherchant asile) et « réfugié » (individu trouvant asile).

La Commission a cherché s'il était possible d'introduire une dualité d'expressions pour désigner, d'une part, l'asile que l'Etat accorde sur son territoire et, d'autre part, l'asile que l'Etat accorde hors de son territoire. Les deux expressions « asile externe » et « asile interne » ont été employées pour désigner respectivement ces deux situations, notamment dans le projet de Convention sur l'asile, élaboré par le Gouvernement argentin. Mais si l'expression « asile interne » est assez claire et usitée, celle d'« asile externe » est plus confuse et moins employée. La Commission a écarté ces deux expressions. La Commission a envisagé une autre dualité d'expressions qui serait conçue en échangeant « asile externe » contre « asile territorial » et en remplaçant « asile interne », expression incapable d'être opposée à « territorial », par « asile diplomatique ». Mais dans l'expression « asile territorial », le mot « territorial » reproduit l'idée de « autoterritorial », alors que la notion neutre d'asile semblerait appeler l'idée de « interterritorial », et, de son côté, l'expression « asile diplomatique » n'est pas assez compréhensive et laisse de côté l'hypothèse de l'asile à bord d'un bâtiment de guerre. La Commission a de même écarté l'expression « asile politique » qui se trouve entre autres dans la Convention panaméricaine de 1933. Cette expression semble peu appropriée pour désigner la totalité

des cas où un organe de l'Etat accorde asile hors du territoire de celui-ci. Les expressions « asile direct » et « asile indirect » ont semblé trop vagues. Finalement, se rendant compte que dans les principales langues autres que le français, les termes équivalents linguistiquement à « asile », « droit d'asile », etc., ne signifient pas toujours les mêmes idées, la Commission a dû renoncer à trouver une dualité d'expression satisfaisante qui pourrait prendre la place de « asile externe » et « asile interne ». La Commission a pu sans difficulté éviter d'employer des termes de ce genre dans le texte même du projet de Résolutions, et elle a employé dans l'énoncé des titres les expressions « asile que l'Etat accorde sur son territoire » et « asile que l'Etat accorde hors de son territoire ».

La Commission a envisagé l'hypothèse de l'asile accordé dans une nonciature. Elle n'a pas voulu refuser à la nonciature le droit d'accorder asile, ni contester le caractère d'agent diplomatique que possède le nonce. Mais elle a considéré que les résolutions ne s'appliqueraient que dans les cas d'asile se posant entre Etats et que les limitations posées à l'asile avaient leur source dans des considérations tenant à ce que l'on se trouve entre Etats. Par suite, le projet de Résolutions ne traite pas de l'asile dans les nonciatures et les délégations apostoliques.

La Commission propose que la discussion en séance plénière de l'article premier soit reportée à la fin de la discussion des articles.

Article 2

Cet article envisage les différentes dislocations du pouvoir des autorités constituées allant de la « mob violence », à une situation voisine de la guerre civile, mais la carence des autorités publiques est considérée comme limitée dans le temps.

Dans l'hypothèse visée à l'alinéa 1er, il s'agit d'une émeute ou de « mob violence ». La pratique admet que même un

consulat peut accorder asile, si, dans un tel cas, il y a carence du Gouvernement local à assurer la sécurité. Dans l'hypothèse visée (« manifestement »), il est à présumer que le Gouvernement local n'y fera aucune objection. La durée de l'asile accordé sera fonction de la durée même de l'émeute.

D'après la Commission, l'expression « tout organe de l'Etat exerçant autorité en son nom hors du territoire » doit comprendre, entre autres, les consuls, les commandants des aéronefs militaires et les commandants des navires officiels, bâtiments de guerre ou autres, mais non pas les capitaines des navires de commerce.

L'alinéa 2 vise le cas d'une dislocation plus importante puisqu'il y a une lutte armée entre factions opposées. Dans les cas visés par les alinéas 1, 2, il y aura asile temporaire accordé par les organes des Etats étrangers agissant pour des raisons d'humanité en tant qu'organes de la collectivité humaine. D'où la disposition que chaque organe qui accorde asile doit avertir les organes des autres Etats exerçant autorité au même endroit.

L'alinéa 3 nous met en présence de l'hypothèse où il y a une dislocation entraînant une carence totale des pouvoirs publics. La protection accordée par l'asile peut alors être maintenue malgré les réclamations des autorités locales. On peut, en effet, penser que celles-ci ne réclameront les réfugiés que pour des motifs politiques. Mais dans l'hypothèse prévue, seuls les agents diplomatiques et les commandants des bâtiments de guerre pourront ainsi conserver chez eux le réfugié.

Article 3

En ce qui concerne les usages locaux, la Commission n'a pas voulu se prononcer sur leur nature juridique. Mais elle a estimé qu'il fallait en faire mention dans les Résolutions, car ils sont communément admis dans certains pays de l'Amérique

latine où ils ont pour effet d'élargir les règles de droit international commun relatives à l'asile. Ces usages locaux constituent une directive dont l'agent diplomatique peut s'inspirer, mais qu'il n'est nullement obligé de suivre.

La Commission a estimé au surplus qu'il fallait indiquer que l'Etat où existe un usage local peut supprimer celui-ci à condition de le faire d'une façon formelle, par exemple par notification aux agents diplomatiques, et que l'Etat local ne pourrait pas abroger cet usage avec effet rétroactif, ce qui serait facilement le cas si l'abrogation se produisait au cours même d'une émeute ou d'une guerre civile.

Article 4

Ici, on vise le cas d'une lutte civile armée qui se prolonge. La Commission n'a pas voulu employer le terme de guerre civile : l'Institut n'en a pas donné de définition et il n'appartenait pas à la Commission de le faire. Elle s'est refusée à considérer l'asile qui, accordé en dehors du cas visé, ne serait qu'un aspect de l'intervention politique.

La Commission a envisagé l'asile ainsi accordé dans le cadre des Résolutions de Stockholm (1928) et de Neuchâtel (1900) citées dans le préambule.

Les réfugiés seront, le plus souvent, dans un sens ou dans l'autre, des réfugiés « politiques ». Mais il est extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible, de donner de ce terme une définition satisfaisante. Et comme il s'agit ici d'une faculté et non pas d'une obligation, il a semblé plus logique de ne pas maintenir cette limitation aux réfugiés « politiques ». A sa place, on a introduit la règle que seuls les réfugiés qui ont à craindre pour des raisons politiques peuvent être gardés. Tout autre réfugié doit être renvoyé, conformément à l'article 2, dès que cesse le danger défini dans les dispositions dudit article..

Etant donné que la conservation des réfugiés en temps de

lutte civile armée qui se prolonge appelle l'appréciation de circonstances d'ordre politique et que des négociations doivent être engagées avec le Gouvernement local en vue de l'évacuation ou du débarquement des réfugiés, il a paru nécessaire de limiter la faculté de garder les réfugiés aux seuls agents diplomatiques et commandants de bâtiments de guerre. En ce qui concerne plus particulièrement les commandants des aréonefs militaires, exclus pour les motifs qui viennent d'être indiqués, leur cas ne semble pas avoir une importance pratique considérable, les moyens d'action dont ils disposent étant de beaucoup plus limités que ceux des commandants de bâtiments de guerre. En général, il y a intérêt à limiter le champ d'action de toute faculté de conserver des réfugiés (même si c'est en vue de les évacuer ou de les débarquer ultérieurement) et de les soustraire ainsi à l'action répressive des autorités du pays.

L'agent diplomatique ou le commandant du bâtiment de guerre qui aura l'intention de garder des réfugiés aura à faire connaître le fait qu'il a chez lui des réfugiés au Gouvernement local, puisqu'il devra négocier avec ce dernier pour l'évacuation des réfugiés. Mais il n'aura pas à communiquer l'identité des réfugiés, de peur que le Gouvernement local n'use de représailles à l'égard des familles ou des biens de ces réfugiés.

L'alinéa 4 prévoit deux cas où il sera nécessaire pour héberger les réfugiés d'avoir des locaux supplémentaires. La Commission a estimé que le choix de ces locaux ne devait pas être laissé à la libre appréciation de l'agent diplomatique, mais qu'il appartenait au Gouvernement local à qui incombe l'obligation de protéger ces locaux de les désigner. Si le Gouvernement local refusait de le faire, l'agent diplomatique pourrait, en attendant une solution conforme à la règle, utiliser des locaux dont il dispose même s'ils sont, à l'origine, réservés à d'autres buts à charge d'en aviser le Gouvernement local. Ces locaux jouiront de l'inviolabilité pour tout ce qui regarde l'asile.

Article 5

La Commission a estimé que lorsque l'agent diplomatique d'un Etat accorde asile à un des ressortissants de son Etat, il n'y avait là qu'une modalité particulière de la protection par un Etat de ses ressortissants et que les règles sur le droit qu'a un Etat d'exercer cette protection s'appliqueraient au premier chef.

Article 6

Cet article se passe de commentaires. La Commission a tenu à l'insérer.

Article 7

La Commission a tenu à insister sur le fait que l'exercice par un Etat du droit de recevoir des fugitifs sur son territoire, donc l'accomplissement d'un devoir d'humanité, ne devait pas entraîner à sa charge une responsabilité internationale accrue. Par contre, la Commission a laissé de côté la question de savoir si l'Etat qui a accordé l'asile peut réclamer l'extradition du réfugié soustrait à sa protection contre sa volonté (affaire Savarkar) et si, en général, le «droit d'asile» comporte des élé ments distincts de ceux inhérents à la souveraineté territoriale.

Chaque Etat peut, par convention avec un autre Etat, limiter, vis-à-vis de cet Etat, le droit qu'il a d'accorder asile à tout individu étranger, mais les Conventions sur le terrorisme signées à Genève en 1937 n'affectent pas ce droit.

Article 8

La Commission a estimé que les agents diplomatiques et les commandants des bâtiments de guerre devraient traiter des questions d'asile non pas avec des autorités subalternes, mais seulement avec les autorités les plus haut placées. Elle a jugé préférable, par exemple, que le commandant d'un bâtiment de guerre n'ait pas à s'entendre sur la livraison d'un réfugié avec

l'agent ou le commissaire de police qui viendrait le réclamer. En ce qui concerne le commandant d'un bâtiment de guerre, il pourra parfois traiter de telles questions par l'entremise de l'agent diplomatique qui se mettra en rapport avec le Ministère des Affaires Etrangères de l'Etat local; sinon, ou bien il renverra l'autorité subalterne, ou bien il s'adressera lui-même aux autorités maritimes supérieures qualifiées.

Article 9

La Commission a recherché suivant quelle formule pourrait être composée une Commission internationale chargée de répartir les fugitifs. D'une part, elle a estimé que l'institution d'un tel organisme répond à l'idée qui inspire tout le projet de Résolutions, celle de faciliter aux Etats, par l'indication de certains moyens de mieux coordonner leurs efforts, l'accomplissement d'un devoir d'humanité. D'autre part, il a paru difficile de prévoir la permanence d'un tel organisme. Il semble, au contraire, désirable que, dans chaque cas concret, une entente s'établisse entre les Etats directement intéressés pour se concerter en vue de l'œuvre collective. La Commission attire l'attention sur l'intérêt qu'il y a, pour les Etats comme pour les fugitifs, à ce que les Gouvernements veuillent bien collaborer, en matière de répartition des fugitifs, avec les organisations des fugitifs eux-mêmes créées dans ce but.

L'alinéa 2 procède de l'idée que les agents diplomatiques doivent établir entre eux des contacts pour agir de concert sans, d'ailleurs, que cette consultation mutuelle constitue un organisme ayant une compétence spéciale qui pourrait porter atteinte à la souveraineté de l'Etat local, et sans que la ligne de conduite ainsi définie en commun puisse lier les chefs de mission et créer pour eux une obligation.

Article 10

Cet article se passe de commentaire.

Projet de Résolutions

PRÉAMBULE

L'Institut de Droit international,

Rappelant ses Résolutions de New-York (1929) sur les droits internationaux de l'homme, et de Bruxelles (1936) sur le statut juridique des apatrides et des réfugiés, Résolutions auxquelles l'Institut n'entend en rien déroger ;

Rappelant ses Résolutions de Stockholm (1928) sur le régime légal des navires et de leurs équipages dans les ports étrangers dont l'article 21 porte sur un cas d'asile qui est compris dans les dispositions ci-après énoncées ;

Rappelant, en outre, l'article 2 de ses Résolutions de Neuchâtel (1900) sur les droits et devoirs des puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les Gouvernements établis et reconnus, qui sont aux prises avec l'insurrection, article dont les principes restent reconnus ;

Exprimant de nouveau l'espoir que chaque Etat, en application de la faculté que lui laisse le droit international, continue d'accorder, dans toute la mesure du possible, l'asile sur son territoire aux individus fuyant leurs foyers et que les Etats se facilitent mutuellement l'accomplissement de ce devoir d'humanité par la conclusion d'accords appropriés ;

Réitérant le vœu qu'une convention internationale institue un organisme chargé de veiller aux intérêts des réfugiés ;

Considérant l'intérêt qu'il y a, d'une part, à énoncer certaines règles générales de droit dignes d'être observées par les Etats en matière d'asile et, d'autre part, à indiquer un certain nombre de mesures collectives et de procédures susceptibles d'éliminer des sources de malentendus entre Gouvernements ;

Emet les Résolutions suivantes :

PARTIE I

Définitions

Article premier

Dans les présentes Résolutions,

1. Le terme « asile » désigne la protection qu'un Etat est en mesure d'accorder à un individu cherchant abri sur le territoire de cet Etat ou dans un endroit soumis à son autorité hors du territoire.

2. Le terme « accorder asile » désigne le fait d'accéder à la demande d'un individu sollicitant asile.

3. Le terme « fugitif » désigne tout individu cherchant asile, et le terme « réfugié » désigne tout individu trouvant asile soit que l'Etat le lui accorde, soit que l'asile résulte du simple fait que cet individu se trouve à un endroit soumis à l'autorité de cet Etat.

PARTIE II

Règles générales de droit

TITRE PREMIER

Asile que l'Etat accorde hors de son territoire

Article 2

1. Tout organe d'un Etat exerçant autorité en son nom hors du territoire peut recevoir, dans l'enceinte où son autorité s'exerce, tout individu menacé dans sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté par une foule ameutée échappant manifestement au contrôle des forces à la disposition des autorités locales. Il peut le garder aussi longtemps que dure

cette situation de fait. Il doit porter l'asile à la connaissance de l'autorité locale qualifiée ainsi qu'à celle des organes d'autres Etats qui exercent autorité au même endroit.

2. Les dispositions de l'alinéa précédent s'appliquent de même au cas où une lutte armée met aux prises des factions opposées dans des conditions telles que momentanément, au lieu considéré, le Gouvernement local ne dispose manifestement pas de la force suffisante pour assurer le maintien de l'ordre public, la vie des particuliers étant, de ce fait, menacée ou pouvant l'être d'un moment à l'autre.

3. Au cas où le fonctionnement des pouvoirs publics d'un pays se trouve manifestement désorganisé, au point de ne plus offrir aux particuliers des garanties suffisantes pour la sécurité de leur vie, les agents diplomatiques et les commandants des bâtiments de guerre pourront maintenir l'asile même à l'encontre des poursuites des autorités locales.

Article 3

Au cas où, dans un pays, un usage local reconnaît aux missions diplomatiques ou à d'autres organes d'Etats tiers le droit d'accorder asile dans des conditions non prévues à l'article précédent, toute mission ou organe pourra agir conformément à cet usage tant que celui-ci n'aura pas été expressément abrogé. L'Etat ne pourra pas mettre fin à cet usage avec effet rétroactif.

Article 4

1. Au cas où la lutte civile armée se prolonge, l'agent diplomatique ou le commandant d'un bâtiment de guerre ayant reçu des fugitifs dans l'hôtel de la mission ou sur le navire conformément aux dispositions de l'article 2, pourra, à condition que cet acte ne constitue pas de sa part un secours donné à l'une des parties en lutte au préjudice de l'autre, garder

ceux d'entre eux qui ont à craindre pour des raisons politiques, mais seulement jusqu'à ce qu'il ait la possibilité de les évacuer ou de les débarquer, selon les modalités convenues avec le gouvernement local, hors du territoire occupé par celui-ci. Il se conformera aux dispositions des alinéas suivants.

2. L'agent diplomatique ou le commandant du bâtiment de guerre s'assurera de l'identité de tous les réfugiés. Il portera la prolongation de l'asile à la connaissance des autres agents diplomatiques ou commandants de bâtiments de guerre se trouvant au même endroit.

3. L'agent diplomatique ou le commandant du bâtiment de guerre veillera à ce que les réfugiés ne participent pas à la vie politique et ne soient pas à même de communiquer avec l'extérieur de façon à pouvoir nuire au gouvernement local.

4. Au cas où le gouvernement local apporte des retards à déterminer les modalités selon lesquelles les réfugiés pourront être évacués ou que des circonstances indépendantes de la volonté de ce gouvernement et de l'agent diplomatique empêchent provisoirement que les réfugiés puissent être évacués, le gouvernement local devra, si le besoin s'en fait sentir, autoriser l'agent diplomatique à ajouter à l'hôtel de la mission les locaux strictement nécessaires pour héberger les réfugiés jusqu'à leur évacuation.

Article 5

Le droit d'un Etat de protéger ses nationaux n'est en rien affecté par les dispositions des présentes Résolutions.

Article 6

Au cas où le gouvernement local conteste le droit pour l'organe d'un autre Etat d'accorder asile sur son territoire ou ne le lui permet que sous certaines conditions, il devra

présenter sa réclamation à l'Etat dont dépend l'organe en question et ne pourra pas mettre fin à l'asile par la violence ou par d'autres mesures de coercition.

TITRE II

Asile que l'Etat accorde sur son territoire

Article 7

Tout Etat a le droit de recevoir sur son territoire tout individu étranger et de lui permettre de continuer d'y séjourner. Sa responsabilité internationale ne sera engagée à cause des agissements du réfugié que dans les mêmes conditions où elle serait engagée à cause d'agissements de tout autre individu vivant sur son territoire. Cette règle s'applique soit que, le cas échéant, l'Etat soit en mesure d'expulser le réfugié, soit que l'expulsion soit rendue impossible du fait que les autres Etats refusent de le recevoir.

PARTIE III

Mesures collectives et procédures

Article 8

L'agent diplomatique traitera des questions afférentes aux modalités de l'asile avec le Ministère des affaires étrangères. Le commandant du bâtiment de guerre traitera de ces questions avec les autorités maritimes supérieures qualifiées.

Article 9

1. Lorsque des événements politiques détermineront dans un Etat un exode de fugitifs, dans la mesure où une action

collective s'impose, les Etats dont les territoires offrent des possibilités de refuge devront se consulter mutuellement sur la manière la plus équitable de répartir les fugitifs entre leurs territoires respectifs et, en général, sur les mesures à prendre en vue d'apporter à ce problème une solution conforme aux devoirs de l'humanité.

2. Lorsqu'à la suite d'une lutte civile de nombreux réfugiés chercheront asile dans les hôtels des chefs de missions diplomatiques, ceux-ci devront se consulter en vue de coordonner leur action en matière d'asile dans le double but de satisfaire aux devoirs de l'humanité et de maintenir le respect de la souveraineté territoriale de l'Etat.

Article 10

Tout différend qui viendrait à surgir au sujet de l'application des dispositions précédentes et qui n'aurait pas été réglé soit par la voie diplomatique, soit par une procédure arbitrale, sera porté devant la Cour Permanente de Justice Internationale.

---

2. Rapport supplémentaire et projet définitif de Résolutions

présentés au nom de la cinquième Commission en 1950

par

M. Tomaso Perassi

A.

Avant-propos de M. Tomaso Perassi

La question de l'asile en droit international avait été inscrite au programme des travaux de l'Institut déjà avant la deuxième guerre mondiale. Elle avait été examinée par la Commission dont M. Raestad était le rapporteur. Notre regretté Confrère avait présenté en 1939 un remarquable rapport accompagné d'un projet de Résolutions [1]. La question avait été inscrite à l'ordre du jour de la session de l'Institut qui aurait dû se tenir à Neuchâtel au mois d'août 1939.

Lorsque l'Institut reprit son activité après la fin de la guerre, à la session de Lausanne (1947), il a été décidé, sur la proposition de la Commission des travaux, de maintenir la question

[1] Voir le projet de Résolutions annexé au rapport de M. Raestad, ci-dessus, pp. 156-161.

de l'asile en droit international parmi les sujets destinés aux futures sessions. L'étude de cette question fut confiée à la deuxième Commission, dont le soussigné fut nommé rapporteur.

Le rapporteur, tout en maintenant l'économie générale du projet de Résolutions élaboré par M. Raestad, communiqua aux membres de la Commission un texte revisé dudit projet [1].

L'Institut examina le projet de Résolutions au cours de la session de Bruxelles (1948). La discussion sur les différents aspects du problème de l'asile révéla en séance plénière, ainsi qu'au sein de la Commission, des divergences de vues, en raison desquelles l'Institut, sur la proposition de la Commission, décida de renvoyer l'examen de la question de l'asile à la prochaine session.

Le rapporteur, par lettre du 12 septembre 1949, adressa aux membres de la cinquième Commission [2] l'invitation de bien vouloir lui faire parvenir toutes les suggestions qu'ils estimeraient utile de formuler en vue de rédiger un nouveau texte de projet de Résolutions. A cet effet, le rapporteur attira particulièrement l'attention des membres de la Commission sur les différents points de vue qui s'étaient manifestés au cours des débats sur le problème de l'asile à la session de Bruxelles [3].

A la date du 30 novembre 1949, le rapporteur avait reçu les réponses de trois membres de la Commission : MM. Barbosa de Magalhães, Basdevant et Idman. La réponse de M. Gajzago ne parvint au rapporteur qu'après

[1] Voir *Annuaire*, Session de Bruxelles, 1948, pp. 57-62.

[2] La cinquième Commission est ainsi constituée : Rapporteur : M. Perassi. Membres : MM. Barbosa de Magalhães, Basdevant, Donnedieu de Vabres, Gajzago, Hudson, Sir Cecil Hurst, Hyde, Idman, F. de Visscher, Yanguas Messia.

[3] *Annuaire*, Session de Bruxelles, 1948, pp. 192-221.

qu'il avait transmis, en date du 2 décembre 1949, un texte remanié du projet de Résolutions au Secrétaire Général adjoint a. i., qui par lettre du 2 janvier 1950 le communiqua aux membres de la cinquième Commission en les priant de bien vouloir transmettre leurs observations au rapporteur avant le 15 février 1950.

Six membres de la Commission, MM. Barbosa de Magalhães, Donnedieu de Vabres, Hudson, Sir Cecil Hurst, Idman et Fernand De Visscher, ont répondu à cette invitation par les lettres qui sont reproduites en annexe.

Dans ces conditions, le rapporteur a apporté quelques modifications au projet de Résolutions qui avait été communiqué aux membres de la Commission, en tenant compte des réponses reçues dans la mesure où les suggestions faites paraissaient de nature à rencontrer l'assentiment de la majorité de la Commission.

Le texte définitif du projet de Résolutions a été élaboré en prenant comme point de départ les délibérations de la session de Bruxelles sur le problème de l'asile.

Au cours de ces débats, plusieurs orateurs, et notamment MM. Barbosa de Magalhães, Charles De Visscher, Gajzago, Scelle et Wehberg, avaient souligné avec force la connexité qui existe entre le problème de l'asile et celui de la protection internationale des droits de l'homme. Dans cet ordre d'idées, le préambule du projet rappelle l'art. 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et les dispositions concernant l'asile sur le territoire de l'Etat sont placées dans l'art. 2 du projet.

Il a paru utile d'insérer dans le projet une réserve au sujet de la question de l'asile dans les bâtiments des organismes internationaux.

Le rapporteur, tout en appréciant l'intérêt de certaines suggestions faites par des membres de la Commission, n'a

pas estimé pouvoir les retenir, n'ayant pas des éléments suffisants pour avoir la certitude qu'elles rallieraient l'adhésion de la majorité de la Commission.

Le rapporteur souhaite, par ailleurs, que la cinquième Commission, au cours de la prochaine session de l'Institut, ait la possibilité d'examiner le projet de Résolutions avant qu'il soit soumis aux délibérations de l'assemblée plénière de l'Institut.

B.

Projet définitif de Résolutions

L'Institut de Droit international,

Rappelant ses Résolutions de New-York (1929) sur les Droits internationaux de l'homme, de Bruxelles (1936) sur le Statut juridique des apatrides et réfugiés et de Lausanne (1947) sur les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du Droit international ;

Rappelant ses Résolutions de Stockholm (1928) sur le Régime légal des navires et de leurs équipages dans les ports étrangers dont l'article 21 porte sur un cas d'asile ;

Rappelant, en outre, l'article 2 de ses Résolutions de Neuchâtel (1900) sur les Droits et Devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les Gouvernements établis et reconnus ;

Vu la Déclaration universelle des Droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies (1948) ;

Constatant que la reconnaissance internationale des Droits de la personne humaine commande de nouveaux et plus amples développements de l'asile ;

Considérant en particulier que l'exode massif d'individus contraints pour des raisons politiques de quitter leur pays impose aux Etats le devoir de joindre leurs efforts en vue de pourvoir aux exigences de pareilles situations ;

Considérant l'intérêt qu'il y a, dès à présent, à énoncer certaines règles dignes d'être observées par les Etats en matière d'asile ;

Adopte les Résolutions suivantes :

TITRE PREMIER

Définition

Article Premier

Dans les présentes Résolutions, le terme « asile » désigne la protection qu'un Etat accorde à un individu cherchant abri sur son territoire ou dans un endroit relevant de certains de ses organes en dehors de son territoire.

TITRE DEUXIÈME

Asile accordé par les Etats sur leur territoire

Article 2

1. Tout Etat, dans l'exercice de la faculté que lui laisse le droit international de recevoir sur son territoire tout individu étranger et de lui permettre d'y séjourner, doit remplir les devoirs d'humanité envers les individus qui cherchent asile sur son territoire.

2. La responsabilité internationale de l'Etat n'est engagée, à cause des agissements du réfugié, que dans les mêmes conditions où elle le serait à cause des agissements de tout autre individu vivant sur son territoire. Cette règle s'applique soit que, le cas échéant, l'Etat soit en mesure d'expulser le réfugié, soit que l'expulsion soit rendue impossible du fait que les autres Etats refusent de le recevoir.

3. Lorsque des événements politiques déterminent dans un Etat un exode de fugitifs, les autres Etats doivent se consulter sur les moyens les plus efficaces de prêter aide et assistance aux fugitifs, sur la manière la plus équitable de les répartir entre leurs territoires respectifs, et, en général, sur les mesures à prendre en vue de remplir les devoirs d'humanité.

TITRE TROISIÈME

Asile accordé par les Etats en dehors de leur territoire

Article 3

1. Les lieux dans lesquels l'asile peut être accordé sont les hôtels des missions diplomatiques et les bâtiments de guerre.

2. Néanmoins, les consuls et tout autre organe d'un Etat exerçant autorité en dehors de son territoire peuvent recevoir, dans l'enceinte où leur autorité s'exerce, tout individu menacé dans sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté par des violences contre lesquelles les autorités locales sont manifestement impuissantes à le défendre, ou même les tolèrent ou les provoquent. Ces dispositions s'appliquent dans les mêmes conditions lorsque de telles menaces sont le résultat de la lutte armée de certaines factions.

3. Au cas où le fonctionnement des pouvoirs publics d'un pays se trouve manifestement désorganisé, ou maîtrisé par une faction, au point de ne plus offrir aux particuliers des garanties suffisantes pour la sécurité de leur vie, les agents diplomatiques et les commandants des bâtiments de guerre peuvent accorder ou maintenir l'asile même à l'encontre des poursuites des autorités locales.

4. Les consuls et autres organes visés à l'alinéa 2 ne peuvent refuser la livraison du réfugié si la demande de livraison émane du Ministre des affaires étrangères et leur est transmise par l'intermédiaire du chef de la mission diplomatique dont ils dépendent.

5. Quel que soit l'organe qui a accordé l'asile, il doit informer l'autorité locale qualifiée, à moins que cette communication ne compromette la sécurité du réfugié. Il peut garder celui-ci aussi longtemps que dure la situation justifiant l'asile.

Article 4

Au cas où dans un Etat un usage local admet que les agents diplomatiques ou autres organes d'Etats étrangers accordent asile dans des conditions non prévues à l'article précédent, cet usage pourra être suivi par les mêmes organes de tout Etat étranger.

Article 5

1. Au cas où la lutte civile armée se prolonge, l'agent diplomatique ou le commandant d'un bâtiment de guerre ayant reçu des fugitifs dans l'hôtel de la mission ou sur le navire conformément aux dispositions de l'article 3, pourra garder ceux d'entre eux dont la sécurité est menacée pour des raisons politiques jusqu'à ce qu'il ait la possibilité d'évacuer les réfugiés ou de les débarquer en dehors du territoire. Cette évacuation se fait selon les modalités convenues avec les autorités qualifiées, chaque fois que la sécurité des réfugiés le permet. L'agent diplomatique ou le commandant se conformera aux dispositions des alinéas suivants.

2. L'agent diplomatique ou le commandant du bâtiment de guerre s'assure de l'identité de tous les réfugiés.

3. L'agent diplomatique ou le commandant du bâtiment de guerre veille à ce que l'exercice de l'asile ne constitue pas

un appui donné à l'une des parties en lutte et à ce que les réfugiés ne participent pas à l'activité politique et ne soient pas à même de communiquer avec l'extérieur de façon à pouvoir nuire au Gouvernement local.

4. Au cas où le Gouvernement local apporte des retards à déterminer les modalités selon lesquelles les réfugiés pourront être évacués ou si des circonstances indépendantes de la volonté de ce Gouvernement et de l'agent diplomatique empêchent provisoirement l'évacuation, le Gouvernement doit admettre que l'agent diplomatique ajoute à l'hôtel de la mission, dans la mesure où le besoin s'en fait sentir, les locaux nécessaires pour héberger les réfugiés.

5. Lorsqu'à la suite d'une lutte civile de nombreux individus cherchent asile dans les hôtels des missions diplomatiques, les chefs de celles-ci doivent se consulter en vue de coordonner leur action en matière d'asile.

Article 6

Le droit d'un Etat de protéger ses nationaux n'est en rien affecté par les dispositions des présentes Résolutions.

Article 7

Au cas où le Gouvernement local conteste le droit pour l'organe d'un autre Etat d'accorder asile sur son territoire ou ne le permet que sous certaines conditions, il doit présenter sa réclamation à l'Etat dont dépend l'organe en question et ne peut pas mettre fin à l'asile par des mesures de coercition.

Article 8

Les questions afférentes aux modalités de l'asile dans les hôtels de la mission diplomatique, les consulats et dans l'enceinte relevant d'autres organes sont traitées par l'agent diplomatique

avec le Ministre des affaires étrangères. Le commandant du bâtiment de guerre traite de ces questions avec les autorités maritimes supérieures qualifiées.

TITRE QUATRIÈME

Dispositions finales

Article 9

Les dispositions précédentes ne préjugent en rien de l'asile dans les bâtiments des organisations internationales.

Article 10

Tout différend qui viendrait à surgir au sujet de l'exercice de l'asile et qui n'aurait pas été réglé soit par la voie diplomatique, soit par une procédure arbitrale ou autre, sera porté devant la Cour internationale de Justice par voie de requête d'une des Parties.

ANNEXES

Circulaire de M. Perassi du 12 septembre 1949

Rome, le 12 septembre 1949

Mon cher et honoré Confrère,

Comme vous le savez, l'Institut de Droit international, au cours de sa session de Bruxelles (1948), examina le problème de l'asile en droit international. Des divergences profondes s'étant manifestées au cours de la discussion, l'Institut décida de renvoyer le projet de Résolutions à la cinquième Commission en vue d'une nouvelle élaboration.

A cet effet, en ma qualité de rapporteur, je vous prie de bien vouloir me faire parvenir toutes les suggestions que vous estimerez utile de formuler, en vue de rédiger un nouveau texte du projet de Résolutions. Dans l'*Annuaire* de l'Institut (1948, pp. 192-221) vous trouverez le compte-rendu de la discussion qui a eu lieu à Bruxelles sur ce sujet. Je me permets d'attirer tout particulièrement votre attention sur les différents points de vue qui se sont manifestés au cours de cette discussion.

Je vous serais très reconnaissant de bien vouloir me faire parvenir vos observations et suggestions aussitôt qu'il vous sera possible...

Veuillez agréer, mon cher et honoré Confrère, les assurances de mes sentiments de haute considération et de cordial dévouement.

Tomaso Perassi

Observations des membres de la Commission en réponse à la circulaire de M. Perassi du 12 septembre 1949

1. Observations de M. Barbosa de Magalhães

Lisbonne, le 1er décembre 1949

Conformément aux considérations que j'ai émises à Bruxelles, soit devant la Commission, soit en session plénière de l'Institut, je suis d'avis que le projet sur le droit d'asile doit être élaboré sur une base absolument différente de celle du projet présenté à la session de Bruxelles.

La nouvelle base doit être la disposition de l'alinéa 1 de l'article 15 du Pacte international des Droits de l'Homme (Projet de Déclaration universelle des Droits de l'Homme).

Aux termes de ladite disposition, toute personne, devant la persécution, a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays.

Ce droit doit être dûment réglé, en déterminant :

— quels sont les organes qui doivent accorder l'asile et les lieux et les conditions dans lesquels il pourra être accordé ; à mon avis, l'asile doit être accordé aussi par les consuls, dans les mêmes conditions que celles dans lesquelles il pourra être accordé par les agents diplomatiques ; on pourra employer la formule générale de l'article 2 du projet présenté à la session de Bruxelles : " tout organe d'un Etat exerçant autorité en dehors de son territoire » ;

— la libre entrée, par les frontières terrestres ou maritimes, de ceux qui se présentent comme persécutés ;

— les mesures à adopter jusqu'à la vérification de l'identité de celui qui cherche l'asile et de sa qualité de réfugié, notamment afin d'appliquer la disposition de l'alinéa 2 de l'article 15 cité, d'après laquelle le droit d'asile ne peut pas être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de

droit commun, ou sur des agissements contraires aux buts des Nations Unies ;

— la différence entre le cas de l'asile qui est cherché par une seule ou quelques personnes et le cas de l'asile qui est cherché par de nombreux réfugiés ; dans ce dernier cas, prévu dans les deux alinéas de l'article 9 du projet présenté à la session de Bruxelles, il faudra prévoir l'intervention d'un organe de l'O.N.U. pour le régler dûment, de façon que, sans préjudice de la sécurité des réfugiés, soient sauvegardés les intérêts de l'Etat obligé d'accorder l'asile, et que le droit des persécutés à obtenir l'asile soit concilié avec le droit des Etats d'expulser des étrangers, en établissant le plus concrètement possible les obligations que les réfugiés doivent remplir et les cas dans lesquels ils pourront être expulsés ;

— que l'asile doit être accordé par des organes et institutions dépendant de l'O.N.U. et par la Croix-Rouge internationale ;

— que la remise des réfugiés par l'Etat dans lequel ils ont cherché l'asile à l'Etat d'où ils se sont enfuis, doit être considérée comme un crime international ;

— que, même en cas d'une expulsion justifiée, le réfugié ne pourra pas être forcé à rentrer dans son pays, et que le gouvernement de l'Etat qui ordonne l'expulsion doit le laisser partir pour le pays de son choix, ou pour le pays qui, à la demande du réfugié, sera indiqué à celui-ci, selon les circonstances spéciales de chaque cas, par l'organe de l'O.N.U. chargé de veiller à l'application des règles du droit international public concernant l'asile.

Finalement, je pense qu'on doit faciliter la preuve des faits justifiant l'asile afin que la sécurité des réfugiés ne soit pas mise en danger, et qu'on doit dire expressément que tout différend au sujet de l'exercice de l'asile peut être porté devant la Cour internationale de Justice, et ceci non seulement par les Etats, mais aussi par les individus. *Barbosa de Magalhães*

2. Lettre de M. J. Basdevant

La Haye, le 16 décembre 1949

Mon cher Confrère,

Je suis bien en retard pour répondre à votre lettre du 12 septembre qui me demande mes observations en vue de la préparation de votre rapport sur l'asile. Je voulais, avant de les formuler, revoir les procès-verbaux de l'Institut et pendant la longue absence que je viens de faire je ne les avais pas à ma disposition.

Il se trouve aujourd'hui que la Cour est saisie d'une affaire relative à l'exercice du droit d'asile. Sans doute le point particulier qui y est soulevé n'a pas été examiné jusqu'ici dans les délibérations de l'Institut mais, d'une part, je crois qu'il ne pourra guère à l'avenir être négligé et, d'autre part, j'éprouverais quelque embarras à énoncer mon sentiment sur cette matière alors que j'aurai dans quelques mois à me prononcer sur le différend auquel je viens de faire allusion. Vous comprendrez, dans ces conditions, qu'il me paraît plus sage pour le moment de m'abstenir.

Croyez bien, mon cher Confrère, à mes sentiments cordialement dévoués.

Basdevant

3. Réponse de M. L. Gajzago

Budapest, le 13 novembre 1949

Mon cher et honoré Confrère,

J'ai peu de choses à vous dire concernant le projet de rapport préparé pour la prochaine Assemblée de l'Institut de Droit international sur le thème de « L'asile en droit international », projet dont vous êtes le très qualifié rapporteur. En passant, je saisis l'occasion pour suggérer cette simplification du titre, au lieu de « L'asile en droit international public ". Il n'y a pas deux sortes de droit international, le public et le privé. Le droit privé international est du droit interne, et le droit international est simplement droit international. Pourquoi perpétuer des terminologies scientifiquement fausses de nos jours, et qui provoquent des semblants de problèmes et nécessitent ensuite des rétractations ?

Quant au projet lui-même, j'étais entièrement acquis à vos propositions déjà à nos réunions à Bruxelles, l'année passée, et je n'ai pas fait, pour ma part, obstacle à leur adoption. Du reste, j'avais déjà été un grand admirateur du projet original du très regretté M. Raestad, ministre des Affaires étrangères de Norvège. Je n'étais animé, dans mes suggestions de légères modifications, que par le désir de faire entrer dans la Résolution à adopter par l'Assemblée plénière de l'Institut le maximum possible des résultats déjà acquis, grâce à l'évolution de la matière, dans l'expérience pratique de la vie internationale.

Voici mes toutes dernières impressions à l'égard de votre si remarquable projet, exposées en suivant plutôt un certain ordre logique que la suite des endroits du texte auxquels elles se rapportent.

* * *

Je me rallie à toutes les suggestions déjà acceptées soit par la séance plénière, soit par la Commission d'étude.

Mais c'est uniquement pour cette raison aussi que je suis prêt à voter en faveur du renversement de l'ordre dans lequel le nouveau projet doit traiter, à l'inverse des précédents, des questions de l'asile sur le territoire de l'Etat qui accorde l'asile, et hors de son territoire, renversement adopté par la Commission dans une de ses séances ultérieures à Bruxelles. Il est indéniable que tout aussi bien la naissance et l'usage actuel du terme, que le développement de l'institution elle-même jusqu'aux jours les plus récents, plaident impérieusement en faveur du maintien de la suite logiquement et spontanément suivie par les premiers projets. Aussi je me demande si ceux qui, uniquement par un esprit de symétrie, ont pu obtenir le renversement de l'ordre original, ne pourraient pas obtenir satisfaction par un autre changement, à savoir en adoptant un autre ordre dès la première mention des deux aspects de l'asile tout de suite à l'art. 1. La mention de l'asile en dehors du territoire en premier lieu déjà à l'art. 1 aurait pour soi toute une série de raisons profondes, au lieu d'un superficiel semblant de logique de la solution actuellement proposée. En adoptant dès l'abord ces raisons plus profondes, on pourrait maintenir l'ordre plus sérieux des projets originaux aussi dans la suite des titres. Mais même en laissant intact l'art. 1, en vérité, je suis d'avis que pour quelqu'un qui connaît à fond ce que l'on appelle asile en tout premier lieu et qui s'accorde en dehors du territoire, et ce qui s'appelle asile seulement par analogie, il n'est point gênant, au contraire, que les règles, qui sont aussi de beaucoup plus développées, du premier se trouvent présentées en détail en premier lieu et celles du dernier seulement en second lieu, bien qu'une première mention superficielle en ait été faite pour une raison quelconque dans l'ordre inverse. J'ai trouvé les développements donnés par M. Basdevant à

cet égard en séance plénière, et qui se trouvent rendus assez exactement pour l'essentiel dans le compte rendu des séances, excellents et absolument convaincants. Ils figurent à la page 206 de l'*Annuaire* de 1948. Je me suis exprimé, moi-même, dans le même sens au sein de la Commission, et il me semble en effet à moi aussi — d'autres ont d'ailleurs exprimé également la même idée — que l'asile accordé par les Etats sur leur propre territoire n'est pas la véritable institution de l'asile dans le droit international, ou tout au moins ne l'est pas encore, et qu'au lieu d'avoir pris le dessus, il a plutôt rétrogradé à la suite de plusieurs mesures restrictives prises juste dernièrement pour des motifs spéciaux ; tandis que le véritable aspect de l'institution de l'asile, celui qui est exercé en dehors du territoire — si l'on veut adopter cette circonlocution, car elle n'est pas du tout une terminologie constante — a pris un grand essor ces derniers temps, et son évolution récente est précisément la raison de l'existence de notre projet, alors que l'autre ne s'y est trouvé mentionné qu'incidemment.

Mais je ne reprendrais ma position exprimée antérieurement que si d'autres membres de l'Institut venaient prendre l'initiative de la reprise des méthodes initiales du projet. Autrement, l'ordre de suite sera pour moi aussi celui qui a été établi par la Commission dans une de ses séances ultérieures, avec toutes les conséquences qu'il entraîne, à savoir le changement du numérotage des articles à partir de l'art. 2, la disparition de l'art. 9 ancien, etc.

* * *

En considérant maintenant le préambule, je me demande s'il ne serait pas indiqué de tenir plus largement compte dans celui-ci des suggestions faites à réitérées reprises par M. Gidel, qui était opposé à plusieurs suppressions par rapport aux textes originaux, et favorable à quelques adjonctions et remaniements

qui, en effet, donneraient plus de couleur et plus de relief aux antécédents du projet, et jetteraient plus de lumière sur l'historique de l'évolution de l'institution de l'asile sous l'un et l'autre de ses deux aspects. Il en est de même du nouveau considérant suggéré par M. Charles De Visscher, qui est une sauvegarde aussi à l'égard de l'avenir.

* * *

Je maintiens la proposition que j'ai déjà faite, et qui est reproduite à la page 213 de l'*Annuaire* de 1948, au sujet de la division de la matière du premier paragraphe du nouvel article 3. Il me semble indispensable de faire ressortir plus nettement qu'il continue à exister, d'une part, une forme normale de l'octroi de l'asile, qui est traditionnelle et dont les règles d'application n'ont guère changé (dont traite exclusivement la première phrase du paragraphe premier de l'art. 3), et que, d'autre part, ces tout derniers temps de vie nationale et internationale tourmentée ont vu naître, avec une légère différence entre elles, mais avec une différence plus profonde par rapport à la forme traditionnelle, trois autres nouvelles catégories exceptionnelles de l'asile (dont traitent à part les paragraphes 1, 2 et 3 du même article 3, en ce qui concerne le premier paragraphe en entremêlant actuellement le cas traditionnel et le premier cas exceptionnel).

Il me semble indéniable que dans la rédaction présente, la ligne de démarcation, pourtant très profonde et importante, entre le cas normal et les catégories exceptionnelles, risque de se perdre entièrement, ce qui va à l'encontre non seulement de la clarté de la présentation d'un point essentiel de la matière, mais fausse aussi sa juste réglementation. L'équivoque se trouve encore accentuée par l'emploi du mot « également » dans la deuxième proposition du paragraphe premier. Il me semble qu'il n'existe rien de moins qu'une égalité entre le cas tradi-

tionnel et les catégories exceptionnelles de l'asile. Ce serait une grave erreur de supposer qu'un Etat aurait droit d'avoir recours à l'octroi de l'asile sous ses formes exceptionnelles à défaut de situations exceptionnelles, mais ce serait aussi un manquement aux devoirs humanitaires d'ignorer les possibilités de l'octroi de l'asile sous ses formes accentuées, si le besoin s'en fait sentir. Nous en avons toujours connu des exemples en Extrême-Orient, et des développements récents nous ont montré la nécessité de son emploi en grande masse également dans les contrées plus rapprochées des nôtres. La guerre civile en Espagne, la première, a été l'occasion de cas en si grand nombre qu'ils ont déjà donné lieu à la constatation de nouvelles règles de droit en naissance s'y rapportant. Telle a été aussi l'origine immédiate de notre projet, et non pas un changement des règles normales de l'asile, ou bien une évolution semblable dans le domaine plus heureux de l'asile sur le propre territoire d'autres Etats ; non, les frontières ne se sont pas ouvertes suffisamment et avec assez de facilités à cet effet. Cette dernière partie de la matière n'accuse pas encore un nouveau droit en formation ou déjà né grâce à une heureuse coutume déjà inaugurée.

J'ose suggérer la construction suivante pour le nouvel article 3 :

Article 3

1. — *Les lieux dans lesquels l'asile peut être accordé sont les hôtels des missions diplomatiques et les bâtiments de guerre. C'est l'asile traditionnel.*

En outre, l'asile peut être accordé dans des circonstances exceptionnelles ci-après qualifiées de la manière ci-dessous précisée [1] *:*

[1] Eventuellement et peut-être mieux : « *des manières ci-dessous précisées* ».

2. *Tout organe d'un Etat exerçant son autorité en dehors de son territoire peut recevoir dans l'enceinte où son autorité s'exerce, tout individu...* (etc. jusqu'à la fin du texte tel qu'il se trouve aux pages 211-212 de l'*Annuaire*).

3. *Les dispositions du paragraphe précédent s'appliquent de même au cas où une lutte armée...* (etc. jusqu'à la fin du texte de l'ancien paragraphe 2 tel qu'il se trouve à la page 194 de l'*Annuaire*).

4. *Au cas où le fonctionnement du pouvoir public...* (etc. jusqu'à la fin du texte de l'ancien paragraphe 3 tel qu'il se trouve aux pages 194-195 de l'*Annuaire*, avec la différence qu'après les mots « de leur vie » devraient être insérés : « *leur intégrité corporelle ou leur liberté* »[1], des expériences ultérieures ayant démontré cette nécessité).

La différence intentionnelle de la rédaction entre le cas traditionnel et les cas extraordinaires, la première parlant objectivement des lieux, la seconde subjectivement des organes, devrait être maintenue.

* * *

Je trouve relativement le plus à retoucher à la rédaction des diverses dispositions des nombreux paragraphes numérotés de l'ancien art. 4, qui deviendra l'art. 5. Ces retouches pourraient se faire de la façon suivante :

Il n'y a aucune raison pour limiter l'éventuelle prolongation de la garde de ceux à qui l'asile a été accordé soit au cas d'une

[1] Une solution alternative plus brève, qui aurait la qualité de couvrir encore un plus large terrain, pourrait être : « *garanties suffisantes pour leur sécurité* ». Indéniablement, c'est le point où notre matière touche le plus étroitement à la protection internationale des droits de l'homme ; un esprit d'étroitesse ne serait donc pas ici à sa place.

guerre civile, soit à ceux qui ont trouvé abri juste dans l'enceinte d'une mission diplomatique ou sur un bâtiment de guerre. De telles dispositions seraient même contraires à la disposition qui se trouve déjà insérée à l'avant-dernière proposition du paragraphe 2 du nouvel article 3, et qui figure en ce moment aux lignes 3-5 de la page 212 de l'*Annuaire*. L'insertion des mots « mais seulement » au milieu du texte du paragraphe 1 ne semble pas non plus correspondre à l'esprit qui régit ce nouveau droit. Elle fortifie une restriction, alors qu'une atténuation de l'éventuelle rigueur serait plus indiquée. On devrait supprimer ces mots, sans toucher à la virgule qui les précède. Tenant compte de ces trois observations, la teneur du paragraphe 1 de l'art. 5 deviendrait la suivante :

Article 5

1. *Au cas où les conditions d'octroi de l'asile se prolongent, les organes protecteurs pourront garder ceux d'entre les réfugiés dont la sécurité est menacée pour des raisons politiques, jusqu'à ce qu'il y ait possibilité d'évacuer les réfugiés ou de les débarquer en dehors du territoire. Cette évacuation se fait selon les modalités convenues avec les autorités qualifiées, chaque fois que la sécurité des réfugiés le permet.*

Les paragraphes 2 et 3 doivent parler également d'« *organes protecteurs* » en général, et non pas seulement des agents diplomatiques et des commandants de bâtiments de guerre. Par contre, dans les dispositions des paragraphes 4 et 5, seuls les agents diplomatiques ont voix au chapitre [1].

[1] S'il est supposé, au paragraphe 4, que l'évacuation sera toujours dirigée par un agent diplomatique, ce terme doit rester, à la quatrième ligne ; autrement, il doit être remplacé par « *organe protecteur* ». A la sixième ligne, « *agent diplomatique* » reste en toute circonstance. Cf. aussi les adjonctions au nouvel art. 9, ci-après.

La teneur du paragraphe 2 est mal reproduite dans l'*Annuaire*. Le texte de la version distribuée sous forme polygraphiée est probablement juste.

Le renvoi du paragraphe 3 doit viser, évidemment, non pas « l'alinéa précédent », mais « le premier paragraphe ». Mais un renvoi sera probablement superflu.

La teneur des dispositions contenues dans le paragraphe 3, comme elles ressortent du contexte actuel, est trop rigide, et les dispositions sont presque inexécutables ; l'organe protecteur se trouve en effet placé entre deux meules, et cela sous sa propre responsabilité expressément prononcée. Il peut donner appui à l'une des parties en lutte aussi par le simple fait qu'il reçoit les réfugiés ; et également par le simple fait qu'il les relâche. Une telle possibilité d'interprétation du texte doit évidemment être évitée ; la responsabilité de l'organe protecteur doit être en partie déchargée. Deux voies me semblent s'offrir. La première comporterait la suppression totale de la première proposition du paragraphe et le maintien seulement de la seconde, un peu remaniée. La deuxième pourrait consister en une atténuation de la rigidité excessive de la première proposition et, en même temps, en un renforcement de l'importance de la seconde. On pourrait peut-être y arriver en ne disant pas dans la première proposition comme une condition *sine qua non*, comme il l'est dit en ce moment, que l'organe protecteur « ne peut exercer la faculté » de maintenir l'asile « qu'à la condition », mais simplement : « *L'organe protecteur qui a accordé l'asile doit veiller dans la mesure du possible à ce que soit le maintien, soit l'abandon de l'asile ne constitue pas un appui donné à l'une des parties en lutte* » et en continuant par la seconde proposition, seulement plus catégoriquement : « *Mais surtout, il veillera à ce que les réfugiés ne participent pas à l'activité politique et ne soient pas à même de communiquer avec l'extérieur de façon à pouvoir nuire à leurs adversaires.* »

Au paragraphe 4, les modifications suivantes paraissent s'imposer. A la première ligne, au lieu de « Gouvernement », il serait mieux de spécifier « *Gouvernement local* ». A la sixième ligne, après le mot « doit », il faut ôter la phrase : « si le besoin s'en fait sentir », et la placer plus bas après le mot « ajoute », dans la forme un peu remaniée : « *dans la mesure où le besoin s'en fait sentir* ». Ce glissement ne touche point au sens de la disposition ; il est rendu nécessaire exclusivement pour dégager l'endroit où la phrase se trouvait, afin de faciliter une insertion plus importante, et qui se placerait après le mot « l'évacuation » et la virgule qui le suit. L'insertion aurait la teneur suivante : « *ou bien même auparavant, si les cas de légitime exercice de la faculté d'accorder l'asile menacent de devenir très nombreux* ». A la vérité, la pratique a montré que l'établissement des maisons dites « maisons protégées » est indispensable, dans ces circonstances extraordinaires, bien avant que l'on puisse penser même à une évacuation ou à la prolongation de l'asile, et que de telles idées viennent aux réfugiés eux-mêmes. Un règlement de droit approprié doit tenir compte de la réalité de la vie elle-même [1].

Le nouveau paragraphe 5, qui est l'ancien premier paragraphe de l'ancien art. 9, en étant transposé à sa nouvelle place, doit subir le remaniement suivant :

Article 5

5. *Lorsque les cas de légitime exercice de la faculté d'accorder l'asile menacent de devenir ou sont déjà devenus très nombreux, les chefs des missions diplomatiques intéressées doivent se consulter en vue de coordonner leur action en matière d'asile.*

[1] S'il est supposé que l'évacuation sera toujours dirigée par un agent diplomatique, ce terme doit rester, à la quatrième ligne ; autrement il doit être remplacé par « *organe protecteur* ». A la sixième ligne, « *agent diplomatique* » reste en toute circonstance. Cf. aussi les adjonctions au nouvel art. 9, ci-après.

Je trouve que quelques adjonctions sont indispensables au très important ancien art. 8, devenu *art. 9*, adjonctions ayant la teneur suivante :

Tout d'abord, une première adjonction en directe continuation du texte existant, lequel ne comporte que deux phrases, qui ne tiennent compte que de la position d'une part de l'agent diplomatique, et de l'autre du commandant de bâtiment de guerre, dans leurs rapports avec les autorités locales. Cette première adjonction s'y ajouterait comme troisième phrase, en déterminant également la position des autres organes protecteurs dans leurs rapports avec les autorités locales, et ferait corps avec le texte existant, le tout donnant le premier alinéa de cet art. 9. La teneur de cette première adjonction serait la suivante : « *Les autres organes protecteurs peuvent également traiter avec les autorités locales qualifiées, soit avec lesquelles ils se trouvent ordinairement en contact officiel, soit qui sont indiquées à cet effet par les circonstances.* »

Ensuite viendrait une deuxième adjonction comme deuxième alinéa, se rapportant à l'ensemble du premier alinéa, et ainsi conçue :

« *Toutefois, l'agent diplomatique du même Etat pourra toujours prendre l'affaire en sa propre compétence, ce qui sera spécialement indiqué aussitôt qu'il s'agira d'une divergence de vues entre l'organe protecteur du même Etat et le Ministre des affaires étrangères du pays.* »

Ce serait donc un court ensemble de deux brèves dispositions, mais très importantes en ce sens qu'elles seraient susceptibles de couper court à toutes les graves et compliquées questions de hiérarchie de service, de vocation, d'unité d'action, de prestige et de compétence, et bien d'autres, dans un rapport complexe qui menacerait même de devenir facilement et vite tripartite et quadripartite, même, entre les autorités supérieures

et subalternes concourantes de deux Puissances. Grâce à cet article ainsi conçu, et spécialement à son deuxième alinéa, un grand nombre de questions de fond, même, qui resteraient ouvertes même après la tentative de leur appliquer les dispositions des autres articles, ainsi que le problème du caractère provisoire ou définitif d'une mesure, trouveraient leur solution.

* * *

Peut-être une toute dernière question encore. Ne serait-il pas raisonnable d'ajouter, dans la Partie III, aux articles relatifs à la procédure, encore un *article 10*, qui paraît peut-être un peu banal, mais dont la matière a fait naître, en pratique, le plus grand nombre de réclamations ultérieures dans certaines régions ? Cette disposition serait la suivante :

Article 10

Toutes les fois que les organes protecteurs prennent en charge, en connexité avec l'asile ou en sa guise, des valeurs ou d'autres objets, ils doivent les garder avec convenable soin, pour pouvoir les restituer aux ayants droit à la fin de l'octroi de l'asile ou dès le moment où ils ne se voient plus dans la possibilité de garantir leur sauvegarde.

* * *

Au cas où une réserve devait être insérée quant à la faculté revenant à la Croix-Rouge, à l'Organisation des Nations Unies ou à d'autres institutions internationales d'accorder l'asile, la première question qui surgit est de savoir où devrait être placé l'article final qui les aurait pour objet, si le Préambule déjà surchargé devait être ménagé. Il est évident qu'il n'aurait pas convenablement sa place dans une partie intitulée « Procé-

dure ». Peut-être pourrait-on en faire un *article 11*, et de l'actuel article 10, ayant trait à la compétence de la Cour internationale de Justice, un article 12, et placer ces deux articles dans une *Partie IV*, intitulée *Dispositions finales*. L'article lui-même pourrait être ainsi conçu :

Article 11

Aucune des dispositions précédentes ne saurait porter atteinte à la faculté d'accorder l'asile, revenant à l'institution internationale de la Croix-Rouge ou à la grande institution de l'Organisation des Nations Unies, ou bien même à toute autre institution internationale qualifiée.

Certaines de ces dispositions pourront néanmoins être appliquées avec profit, par voie d'analogie, également à telles institutions internationales.

* * *

Voilà, mon cher et honoré Confrère, tout ce que j'avais à dire en ma modeste qualité de Membre de la Commission d'étude, pour vous aider de mon mieux dans votre dur travail de Rapporteur...

Si je dois encore vous fournir des réflexions sur les contributions d'autres Membres de la Commission d'étude, je suis naturellement entièrement à votre disposition, et j'ose espérer que je ne tarderai plus autant à vous faire part de mes réflexions.

Veuillez agréer, mon cher et honoré Confrère, les assurances de mes sentiments de haute considération et de cordial dévouement.

L. Gajzago

4. Réponse de M. K. G. Idman

Helsinki, le 25 octobre 1949

Mon cher et honoré Confrère,

En accusant réception de votre lettre du 12 septembre, je m'empresse de vous faire parvenir quelques suggestions...

La raison pour laquelle je me suis permis de proposer quelques changements dans l'alinéa 2 de l'article 2, est que les mots « Etats dont les territoires offrent des possibilités de refuge » peuvent facilement donner lieu à des malentendus et à une interprétation fausse. Ces mots ne doivent pas, et ne devraient dans aucun cas désigner seulement les Etats « voisins ». L'expérience montre malheureusement que les Etats ne veulent pas souvent accorder l'asile aux fugitifs qui sont sans moyens — surtout si ceux-ci se trouvent déjà à l'abri sur le territoire d'un autre Etat. Si on est en présence d'un exode de fugitifs, il est souvent difficile pour un Etat de recevoir et de garder sur son territoire un grand nombre de ressortissants d'un Etat voisin. Il n'y a non plus aucune raison pour laquelle les réfugiés devraient être répartis seulement entre les Etats « dont les territoires offrent des possibilités de refuge ». Accorder l'asile est un devoir d'humanité ; tous les Etats doivent prêter aide et assistance à cet effet. Les communications sont aujourd'hui commodes et faciles.

L'article 3 devient — il me semble — plus clair si on le divise en plusieurs alinéas. Dans l'alinéa 6, j'ai ajouté seulement le mot « consuls ».

Dans l'article 5, je n'ai pas voulu mentionner d'autres organes que l'agent diplomatique, le commandant du bâtiment de guerre et le consul.

M. Gidel a remarqué qu'il faudrait rappeler avant tout dans le préambule les textes de New-York et Lausanne.

Veuillez agréer, mon cher et honoré Confrère, les assurances de ma haute considération et de mes sentiments sincèrement dévoués.

K. G. Idman

Annexe de la lettre de M. K. G. Idman

Partie I — Définition

Article premier

Dans les présentes Résolutions, le terme «asile» désigne la protection qu'un Etat accorde à un individu cherchant abri sur son territoire ou dans un endroit relevant de certains de ses organes en dehors de son territoire.

Partie II — Règles générales

Titre premier

Asile accordé par l'Etat sur son territoire

Article 2

1. Tout Etat a le droit de recevoir sur son territoire tout individu étranger et de lui permettre d'y séjourner. Sa responsabilité internationale n'est engagée, à cause des agissements du réfugié, que dans les mêmes conditions où elle le serait à cause des agissements de tout autre individu vivant sur son territoire. Cette règle s'applique soit que, le cas échéant, l'Etat soit en mesure d'expulser le réfugié, soit que l'expulsion soit rendue impossible du fait que les autres Etats refusent de le recevoir.

2. Lorsque les événements politiques déterminent dans un Etat un exode de fugitifs, *les autres Etats doivent dans la mesure du possible, en application de la faculté que leur laisse le droit international, accorder l'asile sur leurs territoires et* se consulter sur les moyens les plus efficaces de prêter aide et assistance aux fugitifs, sur la manière la plus équitable de les répartir entre leurs territoires respectifs et, en général, sur les mesures à prendre en vue de remplir les devoirs d'humanité.

Titre deuxième

Asile accordé par l'Etat en dehors de son territoire

Article 3

1. Les lieux dans lesquels l'asile peut être accordé sont les hôtels des missions diplomatiques et les bâtiments de guerre.

2. Néanmoins, *les consulats et tout organe d'un Etat exerçant son autorité en dehors de son territoire* peuvent aussi recevoir, dans l'enceinte où leur autorité s'exerce, tout individu menacé dans sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté par des violences contre lesquelles les autorités locales sont manifestement impuissantes à le défendre, ou même les tolèrent ou les provoquent.

3. Quel que soit l'organe qui a accordé l'asile, il peut garder le réfugié aussi longtemps que dure cette situation de fait. Il doit porter l'asile à la connaissance de l'autorité locale qualifiée, à moins que cette communication ne compromette la sécurité du réfugié.

4. *Les organes mentionnés dans l'alinéa 2, ne peuvent refuser la livraison du réfugié si la requête de livraison émane du Ministre des affaires étrangères et si le chef de la mission de laquelle ils dépendent a donné son consentement à la livraison.*

5. *Les dispositions des alinéas précédents s'appliquent* de même au cas où une lutte armée met aux prises des factions opposées dans des conditions telles que momentanément les autorités locales ne disposent manifestement pas de la force suffisante pour assurer le maintien de l'ordre public.

6. Au cas où le fonctionnement des pouvoirs publics d'un pays se trouve manifestement désorganisé, ou maîtrisé par une faction, au point de ne plus offrir aux particuliers des garanties suffisantes pour la sécurité de leur vie, *les agents diplomatiques, les commandants des bâtiments de guerre et les consuls* peuvent accorder ou maintenir l'asile même à l'encontre des poursuites des autorités locales.

Article 4

Au cas ..... Etat étranger.

Article 5

1. Au cas où la lutte civile armée se prolonge, l'agent diplomatique, le commandant d'un bâtiment de guerre *ou le consul* ayant reçu des fugitifs dans l'hôtel de la mission, sur le navire *ou dans le consulat* conformément aux dispositions de l'article 3, pourra ..... permet. L'agent diplomatique, le commandant *ou le consul* se conformera aux dispositions des alinéas suivants.

2. L'agent diplomatique, le commandant du bâtiment de guerre *ou le consul* s'assure de l'identité de tous les réfugiés.

3. L'agent diplomatique, le commandant du bâtiment de guerre *ou le consul* ne peut ..... local.

4. Au cas ..... réfugiés.

5. Lorsqu'à la suite d'une lutte civile de nombreux réfugiés cherchent asile dans les hôtels des chefs de missions diploma-

tiques, ceux-ci doivent se consulter en vue de coordonner leur action en matière d'asile.

Article 6

Le droit d'un Etat ..... Résolutions.

Article 7

Au cas où ..... des mesures de coercition.

Partie III — Procédure

Article 8

L'agent diplomatique et le consul traitent des questions afférentes aux modalités de l'asile avec le Ministre des affaires étrangères. Le commandant du bâtiment de guerre traite de ces questions avec les autorités maritimes supérieures qualifiées.

Article 9

Tout différend qui vient à surgir au sujet de l'exercice de l'asile et qui n'aurait pas été réglé soit par la voie diplomatique, soit par une procédure arbitrale ou autre, sera porté devant la Cour internationale de Justice par voie de requête d'une des Parties.

Circulaire de M. Wehberg du 2 janvier 1950

Genève, le 2 janvier 1950

Cher et très honoré Confrère,

J'ai l'honneur de vous adresser, en tant que membre de la cinquième Commission, un projet de Résolutions que le rapporteur de la cinquième Commission, notre éminent Confrère M. Perassi, a bien voulu rédiger au sujet de « L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre) ».

Je vous prie de transmettre vos observations à M. Tomaso Perassi (9, via Aterno, Rome, Italie) jusqu'au 15 février 1950. Vu l'importance de la question qui sera certainement discutée lors de notre prochaine réunion de Bath (5-12 septembre 1950), le Bureau compte fermement sur votre collaboration active.

Veuillez agréer, cher et très honoré Confrère, l'assurance de ma haute considération et de mes sentiments très dévoués.

Hans Wehberg
Secrétaire Général adjoint a. i.

Projet provisoire de Résolutions

transmis aux membres de la Commission le 2 janvier 1950

L'Institut de Droit international,

Rappelant ses Résolutions de New-York (1929) sur les Droits internationaux de l'homme, de Bruxelles (1936) sur le Statut juridique des apatrides et réfugiés et de Lausanne (1947) sur les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du Droit international ;

Rappelant ses Résolutions de Stockholm (1928) sur le Régime légal des navires et de leurs équipages dans les ports étrangers dont l'article 21 porte sur un cas d'asile ;

Rappelant, en outre, l'article 2 de ses Résolutions de Neuchâtel (1900) sur les Droits et Devoirs des Puissances étrangères, au cas de mouvement insurrectionnel, envers les Gouvernements établis et reconnus ;

Vu la Déclaration universelle des Droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies (1948) ;

Constatant que la reconnaissance internationale des Droits de la personne humaine commande de nouveaux et plus amples développements de l'asile ;

Considérant en particulier que l'exode massif d'individus contraints pour des raisons politiques de quitter leur pays impose aux Etats le devoir de joindre leurs efforts en vue de pourvoir aux exigences de pareilles situations ;

Considérant l'intérêt qu'il y a, dès à présent, à énoncer certaines règles dignes d'être observées par les Etats en matière d'asile ;

Adopte les Résolutions suivantes :

TITRE PREMIER

Définition

Article premier

Dans les présentes Résolutions, le terme «asile» désigne la protection qu'un Etat accorde à un individu cherchant abri sur son territoire ou dans un endroit relevant de certains de ses organes en dehors de son territoire.

TITRE DEUXIÈME

Asile accordé par les Etats sur leur territoire

Article 2

1. Tout Etat, dans l'exercice de la faculté, que lui laisse le droit international, de recevoir tout individu étranger et de lui permettre d'y séjourner, doit remplir les devoirs d'humanité envers les individus qui cherchent asile sur son territoire.

2. La responsabilité internationale de l'Etat n'est engagée, à cause des agissements du réfugié, que dans les mêmes conditions où elle le serait à cause des agissements de tout autre individu vivant sur son territoire. Cette règle s'applique soit que, le cas échéant, l'Etat soit en mesure d'expulser le réfugié, soit que l'expulsion soit rendue impossible du fait que les autres Etats refusent de le recevoir.

3. Lorsque des événements politiques déterminent dans un Etat un exode de fugitifs, les autres Etats doivent se consulter sur les moyens les plus efficaces de prêter aide et assistance aux

fugitifs, sur la manière la plus équitable de les répartir entre leurs territoires respectifs, et, en général, sur les mesures à prendre en vue de remplir les devoirs d'humanité.

TITRE TROISIÈME

Asile accordé par les Etats en dehors de leur territoire

Article 3

1. Les lieux dans lesquels l'asile peut être accordé sont les hôtels des missions diplomatiques et les bâtiments de guerre.

2. Néanmoins, les consuls et tout autre organe d'un Etat exerçant autorité en dehors de son territoire peuvent recevoir, dans l'enceinte où leur autorité s'exerce, tout individu menacé dans sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté par des violences contre lesquelles les autorités locales sont manifestement impuissantes à le défendre, ou même les tolèrent ou les provoquent.

3. Les dispositions de l'alinéa précédent s'appliquent de même au cas où une lutte armée met aux prises des factions opposées dans des conditions telles que momentanément les autorités locales ne disposent manifestement pas de la force suffisante pour assurer le maintien de l'ordre public.

4. Au cas où le fonctionnement des pouvoirs publics d'un pays se trouve manifestement désorganisé, ou maîtrisé par une faction, au point de ne plus offrir aux particuliers des garanties suffisantes pour la sécurité de leur vie, les agents diplomatiques et les commandants des bâtiments de guerre peuvent accorder ou maintenir l'asile même à l'encontre des poursuites des autorités locales.

5. Quel que soit l'organe qui a accordé l'asile, il doit informer l'autorité locale qualifiée, à moins que cette communication ne compromette la sécurité du réfugié. Il peut garder celui-ci aussi longtemps que dure la situation justifiant l'asile.

6. Les consuls et autres organes visés à l'alinéa 2 ne peuvent refuser la livraison du réfugié si la demande de livraison émane du Ministre des affaires étrangères et leur est transmise par l'intermédiaire du chef de la mission diplomatique dont ils dépendent.

Article 4

Au cas où dans un Etat un usage local admet que les agents diplomatiques ou autres organes d'Etats étrangers accordent asile dans des conditions non prévues à l'article précédent, cet usage pourra être suivi par les mêmes organes de tout Etat étranger.

Article 5

1. Au cas où la lutte civile armée se prolonge, l'agent diplomatique ou le commandant d'un bâtiment de guerre ayant reçu des fugitifs dans l'hôtel de la mission ou sur le navire conformément aux dispositions de l'article 3, pourra garder ceux d'entre eux dont la sécurité est menacée pour des raisons politiques, mais seulement jusqu'à ce qu'il ait la possibilité d'évacuer les réfugiés ou de les débarquer en dehors du territoire. Cette évacuation se fait selon les modalités convenues avec les autorités qualifiées, chaque fois que la sécurité des réfugiés le permet. L'agent diplomatique ou le commandant se conformera aux dispositions des alinéas suivants.

2. L'agent diplomatique, le commandant du bâtiment de guerre s'assure de l'identité de tous les réfugiés.

3. L'agent diplomatique, le commandant du bâtiment de guerre veille à ce que l'exercice de l'asile ne constitue pas un appui donné à l'une des parties en lutte et à ce que les réfugiés ne participent pas à l'activité politique et ne soient pas à même de communiquer avec l'extérieur de façon à pouvoir nuire au Gouvernement local.

4. Au cas où le Gouvernement apporte des retards à déterminer les modalités selon lesquelles les réfugiés pourront être évacués ou si des circonstances indépendantes de la volonté de ce Gouvernement et de l'agent diplomatique empêchent provisoirement l'évacuation, le Gouvernement doit, si le besoin s'en fait sentir, admettre que l'agent diplomatique ajoute à l'hôtel de la mission les locaux nécessaires pour héberger les réfugiés.

5. Lorsqu'à la suite d'une lutte civile de nombreux individus cherchent asile dans les hôtels des missions diplomatiques, les chefs de celles-ci doivent se consulter en vue de coordonner leurs actions en matière d'asile.

Article 6

Le droit d'un Etat de protéger ses nationaux n'est en rien affecté par les dispositions des présentes Résolutions.

Article 7

Au cas où le Gouvernement local conteste le droit pour l'organe d'un autre Etat d'accorder asile sur son territoire ou ne le permet que sous certaines conditions, il doit présenter sa réclamation à l'Etat dont dépend l'organe en question et ne peut pas mettre fin à l'asile par des mesures de coercition.

Article 8

Les questions afférentes aux modalités de l'asile dans les hôtels de la mission diplomatique, les consulats et dans l'enceinte relevant d'autres organes sont traitées par l'agent diplomatique avec le Ministre des affaires étrangères. Le commandant du bâtiment de guerre traite de ces questions avec les autorités maritimes supérieures qualifiées.

TITRE QUATRIÈME

Règlement des différends

Article 9

Tout différend qui vient à surgir au sujet de l'exercice de l'asile et qui n'aurait pas été réglé soit par la voie diplomatique, soit par une procédure arbitrale ou autre, sera porté devant la Cour internationale de Justice par voie de requête d'une des Parties.

Observations des membres de la Commission en réponse à la circulaire du 2 janvier 1950 et relatives au projet de Résolutions du même jour

1. Observations de M. Barbosa de Magalhães

Lisbonne, le 24 janvier 1950

Je maintiens toutes les considérations et suggestions que j'ai émises et adressées à M. le rapporteur.

J'estime donc le projet insuffisant, parce qu'il ne répond pas au nouvel esprit international et aux nouvelles idées sur l'important sujet de l'asile.

En comparant ledit projet avec celui qui a été présenté à la session de Bruxelles, en 1948, on voit que les différences sont peu importantes et qu'on n'a pas beaucoup avancé.

Puisque l'Institut, à ladite session de Bruxelles, a décidé, sur la proposition de M. le rapporteur, de renvoyer la question à la prochaine session, c'est qu'on a reconnu que le projet présenté devait subir des modifications importantes, en tenant compte de plusieurs suggestions qui ont été présentées pendant la discussion.

Mais le nouveau projet, sauf l'adjonction qui a été faite au préambule et la modification de l'article 2, ne contient rien de nouveau qui soit d'une importance fondamentale.

Pour ma part, je le répète, je maintiens toutes les considérations et suggestions que j'ai émises à Bruxelles et que j'ai adressées à M. le rapporteur.

Nonobstant, je me permets de présenter encore quelques observations sur le projet qui m'a été soumis.

— A l'article 1, je remplacerais l'expression « ... relevant de certains de ses organes... » par l'expression employée dans le projet antérieur : « ... soumis à son autorité... ».

— L'article 2 ne répond pas au principe que l'asile est un droit de l'individu envers les Etats. Il est dominé par le principe de la souveraineté.

— L'expression « les devoirs d'humanité » n'a pas de portée juridique et laisse la solution du problème dans le vague.

— L'alinéa 3 de l'article 2 dit que « les autres Etats doivent... » Quels sont les *autres* Etats ?

— La disposition de l'alinéa 6 de l'article 3 rend inopérante la concession de l'asile par les consuls et autres organes visés à l'alinéa 1 du même article.

— Dans l'article 9, je supprimerais l'expression : « ... et qui n'aurait pas été réglé soit par la voie diplomatique, soit par une procédure arbitrale ou autre... ».

— Dans le même article, on dit que le différend pourra être porté devant la C.I.J. par voie de requête *d'une des parties.* Quelles sont les parties ?

Barbosa de Magalhães

2. Réponse de M. H. Donnedieu de Vabres

Paris, le 15 janvier 1950

Monsieur et très honoré Confrère,

J'ai lu avec un très vif intérêt le texte, revisé par vous, du projet de Résolutions sur l'*asile en droit international public*, que M. le Secrétaire général adjoint a bien voulu me transmettre de votre part.

Ce texte tient compte très heureusement des observations formulées à Bruxelles au sujet de la rédaction initiale. Il fait une part plus large à l'asile accordé sur le territoire pour satisfaire aux exigences nées de la reconnaissance internationale des droits de l'homme. Je ne puis qu'approuver l'inversion

qui fait figurer en deuxième lieu les dispositions relatives à l'asile dans les hôtels des missions diplomatiques ou sur les bâtiments de guerre, et l'insertion dans les deux premières parties des textes relatifs aux « mesures collectives » et à la « procédure ».

Je suis convaincu que, dans sa forme nouvelle, votre projet obtiendra l'assentiment général.

Je me permets de soumettre à votre appréciation quelques amendements de détail.

1° Je vous soumets, pour l'article 2 alinéa 1, la rédaction suivante :

1. *Tout Etat, dans l'exercice de la faculté que lui laisse le droit international de recevoir sur son territoire tout individu étranger et de lui permettre d'y séjourner, doit remplir les devoirs d'humanité envers les individus qui lui demandent asile.*

Votre texte ne permet pas d'apercevoir à quel mot se rapporte le pronom *y*.

2° Je me demande si l'expression de la règle contenue dans la phrase finale de l'article 2 alinéa 2 est nécessaire. Le silence du texte ne suffirait-il pas à exclure la distinction mentionnée ? Ce qui me fait douter de l'opportunité de cette phrase, c'est que le refus des « autres Etats » n'entraîne l'impossibilité d'expulsion qu'à l'égard des apatrides, puisque l'étranger est assuré de trouver refuge sur le territoire de l'Etat dont il est ressortissant.

3° L'insertion, en tête de l'article 3, de l'alinéa 1 vous a été inspirée par certaines observations formulées à Bruxelles, tendant à distinguer la situation des agents diplomatiques et commandants de bâtiments d'une part, celle des consuls et autres organes, de l'autre.

Je me demande cependant si la rédaction proposée n'est pas de nature à faire naître dans l'esprit du lecteur quelque perplexité.

L'alinéa 1 consacre le *droit d'asile* dans les hôtels des missions diplomatiques et sur les bâtiments de guerre, mais la définition de cet asile n'y figure pas.

L'alinéa 2 détermine les prérogatives des consuls et autres organes de l'Etat, mais il n'en résulte pas expressément que l'exercice de ces prérogatives constitue un asile.

Il s'ensuit quelque incertitude sur la portée du mot *asile*, lorsqu'on le rencontre dans les alinéas suivants.

Peut-être cette ambiguïté serait-elle levée par la rédaction suivante :

1. *Les agents diplomatiques et les commandants des bâtiments de guerre peuvent accorder asile, dans l'enceinte où leur autorité s'exerce, à tout individu menacé dans sa vie, son intégrité corporelle ou sa liberté par des violences contre lesquelles les autorités locales sont manifestement impuissantes à le défendre, ou qu'elles tolèrent ou provoquent.*

2. *Ce pouvoir est également reconnu aux consuls et à tous autres organes d'un Etat exerçant autorité en dehors de son territoire.*

3. *Les dispositions des alinéas précédents.....*

6. *Les consuls et autres organes visés à l'alinéa deuxième.....*

Veuillez agréer, Monsieur et cher Confrère, l'expression de mes sentiments dévoués.

H. Donnedieu de Vabres

3. Lettre de M. M. O. Hudson

January 13, 1950

My dear Colleague,

I have been pleased to receive, by the intermediary of our esteemed Secrétaire Général Adjoint, a.i., your draft resolution on Asylum in International Public Law.

You will have been apprised, I am sure, that the International Law Commission now has this subject on its agenda, and expects to consider a working paper on the subject at its session beginning early in June.

As I am Chairman of the International Law Commission, I have some doubt as to the propriety of my expressing views on the subject at this time. I trust that you will understand my hesitance, and will be kind enough to relieve me from making comment on your interesting draft, at least for the time being.

I might add that, as you doubtless know, a question of asylum is now before the International Court of Justice in a case between Colombia and Peru. While this fact does not seem to me to call for an adjournment of the Institute's consideration of the subject, we might a year or so hence find guidance in a judgment by the Court.

With assurance of my high esteem, I am, dear M. Rapporteur,

Faithfully yours,

Manley O. Hudson

4. Lettre de Sir Cecil J. B. Hurst

Rusper Nunnery, Horsham, February 10, 1950

Dear Monsieur Perassi,

I feel I have treated you very badly as regards the draft Resolutions which you sent me on the right of Asylum in International Law. The cause of my hesitation was in great part due to my doubt whether the Institute of International Law ought to discuss the subject of Asylum at all at the Session at Bath in view of the case which is coming before the Interna-

tional Court of Justice at the Hague between Peru and Colombia on the subject of the right of Asylum. I spent some time in trying to ascertain what the subject of the dispute between the two countries was. However I am now told that the case involves only the interpretation of a Treaty in force between the two powers and not any general question of law relating to Asylum—and then I fell ill and that was a cause of further delay.

The result has been that I have sent you no observations on the subject before you drafted the Resolutions and have made no comments on the texts since I received them.

Speaking broadly I am content with your draft and will do my best to support it.

Believe me

Very truly yours

Cecil J. B. Hurst

5. Lettre de M. K. G. Idman

Helsinki, le 15 mars 1950

Cher et très honoré Confrère,

Je m'excuse de ne vous avoir pas répondu plus tôt. La raison de ce manquement impardonnable était tout simplement que je n'ai pas d'observations à faire et que je me rallie à votre projet. Permettez-moi de vous dire que je trouve que vous avez fait un travail remarquable.

Tout en vous félicitant, je vous prie, mon cher et très honoré Confrère, d'agréer les assurances de ma haute considération et de mes sentiments sincèrement dévoués.

K. G. Idman

6. Réponse de M. Fernand De Visscher

Rome, le 10 février 1950

Mon cher Confrère et ami,

J'ai pris connaissance avec grand intérêt de votre projet de Résolutions sur l'asile en droit international public. Les quelques observations que j'aurais à présenter sont surtout d'ordre formel.

Article 2. — Il me paraît difficile, dans les circonstances actuelles, d'aller au delà d'une simple faculté pour les Etats de recevoir au titre d'asile. La rédaction du premier alinéa me paraît tout à fait satisfaisante.

Alinéa 3. Je voudrais introduire dans le texte l'idée suivant laquelle le devoir pour les Etats de se consulter résulte d'une *requête* de l'Etat chez lequel s'est produit un exode de fugitifs. Par exemple : « Lorsque des événements politiques déterminent un exode de fugitifs dans un Etat, les autres Etats sont tenus, sur requête de celui-ci, de se consulter, etc. »

Ne pourrait-on ajouter une disposition précisant qu'en aucun cas l'Etat qui a reçu un fugitif au titre d'asile ne pourra expulser celui-ci sur le territoire de l'Etat qu'il a fui ?

Article 3. — Ne pourrait-on simplifier la rédaction en supprimant l'alinéa 3, et en ajoutant à l'alinéa 2 la phrase : « Ces dispositions s'appliquent dans les mêmes conditions lorsque de telles menaces sont le résultat de la lutte armée de certaines factions » ?

A mon avis, l'alinéa 6 devrait prendre place après l'alinéa 4, devenant ainsi l'alinéa 5. Il s'agit dans les alinéas 4 et 6 actuels du droit de refuser ou non la livraison à l'encontre de certaines autorités locales.

Je ne vois pour le moment pas d'autres observations à présenter sur ce projet qui me paraît répondre de façon très heureuse à la plupart des objections soulevées au cours de la dernière session.

Je vous prie d'agréer, mon cher Confrère et ami, l'expression de mes sentiments très distingués et tout dévoués.

Fernand De Visscher

IV. Les changements territoriaux et leurs effets sur les droits des particuliers

(Sixième Commission)

Rapport et projet de Résolutions provisoires

présentés par

M. Alexandre Makarov

A.

Rapport

La sixième Commission de l'Institut a été chargée d'étudier « Les changements territoriaux et leurs effets sur les droits des particuliers ». M. A. Makarov a été désigné par le Bureau de l'Institut comme rapporteur de la Commission. La composition de la Commission était la suivante : Badawi Pacha, MM. Brüel, Calonder, Fenwick, Guggenheim, Kaeckenbeeck, Kaufmann, Laun, Trias de Bes, Udina et Verzijl. Au mois d'août 1949, M. Brüel a quitté la sixième Commission pour prendre place à la dixième Commission de l'Institut.

Le 19 juillet 1949, le rapporteur a adressé aux membres de la Commission un exposé préliminaire de l'objet des travaux de la Commission et des solutions envisagées ainsi qu'un

questionnaire se rapportant aux problèmes traités dans cet exposé. Badawi Pacha, MM. Calonder, Guggenheim, Kaeckenbeeck, Laun, Udina et Verzijl ont fait parvenir au rapporteur des réponses très précieuses qui ont contribué à l'élaboration du rapport provisoire. Ce rapport provisoire a été distribué aux membres de la Commission le 17 mars 1950. Le rapporteur a reçu des observations très intéressantes de MM. Guggenheim et Verzijl qui ont été prises en considération lors de l'élaboration de son rapport définitif. Des observations non moins précieuses de Badawi Pacha, MM. Kaeckenbeeck et Udina sont arrivées malheureusement trop tard pour que le rapporteur ait pu en faire emploi. Toutes les lettres que les membres de la Commission ont fait parvenir au rapporteur sont reproduites en annexe.

I.

C'est pour la première fois que le problème spécial des effets des changements territoriaux sur les droits des particuliers fait l'objet des travaux de notre compagnie. Pendant sa session de New-York (1929), l'Institut a créé une Commission qui devait étudier les effets juridiques des changements de souveraineté territoriale et dont le regretté M. Cavaglieri a été nommé rapporteur (18^{me} Commission : Annuaire de l'Institut, Session de New-York, 1929, II, p. 354). Le rapport préliminaire de M. Cavaglieri figure parmi les travaux préparatoires de la session de Cambridge (1931) : cf. Annuaire de l'Institut. Session de Cambridge, 1931, I, p. 185 et ss. Il est accompagné d'observations d'un certain nombre de membres de la Commission et d'un projet de Résolutions. Un rapport supplémentaire de M. Cavaglieri a été présenté à la session de Paris de 1934 (Annuaire de l'Institut, Session de Paris, 1934, p. 473 et ss.), mais aucune discussion de ce rapport et du projet de Résolutions n'a eu lieu.

En étudiant les effets juridiques des changements de souveraineté territoriale, M. Cavaglieri a effleuré le problème qui doit former l'objet de nos recherches, c'est-à-dire le problème des effets des changements territoriaux sur les droits des particuliers. Mais le thème de son rapport était plus large. C'est donc pour la première fois que le problème spécial formant l'objet de nos études est à l'ordre du jour de l'Institut.

II.

Nous devons étudier les effets des changements territoriaux sur les droits des particuliers. La première question qui se pose est celle de savoir quels changements territoriaux nous devons envisager en traitant notre problème. Etant donné qu'aucune limite ne nous est imposée à cet égard, tous les modes de changements territoriaux doivent être pris en considération, c'est-à-dire tous les changements de frontières qui sont liés aux déplacements territoriaux des ordres juridiques étatiques [1]. Les catégories suivantes doivent être envisagées.

Les changements territoriaux peuvent avoir lieu sans qu'un Etat perde son existence comme sujet de droit, et sans qu'un nouvel Etat naisse d'un tel changement de frontières. Ce sont les cas de cessions de territoires effectuées par des traités spéciaux ou par des dispositions de traités d'une portée plus générale, comme par exemple les traités de paix.

Un Etat peut surgir d'une révolution : c'est le cas de l'émancipation d'une ou de plusieurs provinces qui se constituent en Etat indépendant. L'ancien Etat continue d'exister sur une base territoriale plus restreinte qu'auparavant, ayant perdu

[1] C'est dans ce sens que s'est exprimé M. Verzijl dans sa lettre au rapporteur en date du 24 septembre 1949 contenant ses réponses au questionnaire.

une partie de son territoire. Cette partie forme la base territoriale d'un Etat nouveau-né.

Les changements territoriaux peuvent être liés à la disparition d'un Etat dont le territoire en question faisait partie.

Un Etat peut être absorbé par un autre ou par plusieurs autres. Ce sont les cas de l'annexion totale d'un Etat ou de plusieurs annexions partielles de son territoire ayant pour conséquence la disparition de l'Etat dont ce territoire relevait.

La disparition d'un Etat peut être le résultat de son démembrement, c'est-à-dire de la formation de plusieurs nouveaux Etats sur la base territoriale de l'Etat qui a perdu son existence.

Enfin, l'extinction d'un Etat peut être liée à la formation d'un nouvel Etat lorsqu'il y a fusion de plusieurs Etats indépendants : chacun de ces Etats perd son existence en contribuant à la création d'un Etat auquel ressortiront les territoires de plusieurs de ses prédécesseurs.

Je n'ai pas besoin d'insister sur le fait que l'histoire nous fournit des exemples pour tous ces modes de changements territoriaux ainsi que pour certaines de leurs combinaisons. Mais il importe de souligner que tous ces cas d'espèce doivent être considérés comme des changements territoriaux, c'est-à-dire comme des changements de frontières délimitant la base territoriale de l'ordre juridique d'un Etat.

Nous devons prendre en considération, comme l'a judicieusement souligné M. Verzijl dans sa réponse au questionnaire du rapporteur, la totalité des hypothèses susmentionnées.

M. Verzijl a souligné en outre que nous devons nous demander jusqu'à quel point il sera possible de formuler des principes généraux communs à tous les cas d'espèce. Je pense que notre point de départ doit être l'élaboration de ces principes généraux et que, pour autant que des restrictions spéciales ne s'imposeront pas, ces principes doivent trouver application sans restrictions.

Les changements territoriaux peuvent être le résultat d'événements politiques qui créent des situations internationales non reconnues par certains membres de la communauté internationale. Les répercussions juridiques de ces nouvelles situations ne seront, elles-mêmes, pas reconnues par ces membres. La question se pose de savoir si ces changements territoriaux non reconnus par certains membres de la communauté internationale ou reconnus partiellement doivent être envisagés dans notre rapport.

La théorie de la non-reconnaissance de certaines situations internationales a trouvé dans les dernières décades une faveur incontestable dans la pratique internationale. La formule la plus connue de cette théorie est la « doctrine Stimson ».

Cette doctrine de la non-reconnaissance sous certaines conditions de nouvelles situations internationales est très controversée [1]. Mais il est incontestable qu'elle trouve application dans la pratique internationale contemporaine et que son application soulève des questions extrêmement complexes. L'exposé préliminaire du rapporteur contenait les lignes suivantes : « Malgré le fait que la non-reconnaissance de certains changements territoriaux ait lieu de nos jours assez souvent, je pense que le centre de gravité de ce problème se trouve au delà des limites de nos recherches et que par conséquent nous pouvons exclure de notre rapport le problème dont il s'agit. »

La majorité des membres de la Commission qui ont fait parvenir des réponses au questionnaire du rapporteur se sont exprimés en ce sens que nous devons envisager le cas normal, c'est-à-dire le cas des changements territoriaux reconnus au moins par la majorité des Etats formant la communauté internationale.

---

[1] Cf. *H. Lauterpacht*, Règles générales du droit de la paix. Académie de Droit international. Recueil des cours, 1937 IV (62), 284 et ss.

Nous devons donc étudier les règles concernant les effets juridiques des changements territoriaux *reconnus* sur les droits des particuliers, sans exiger toutefois que cette reconnaissance soit déclarée par tous les membres de la communauté internationale. En élargissant l'objet de nos recherches, en étudiant les répercussions des changements territoriaux non reconnus, c'est-à-dire en étudiant les limites de l'efficacité juridique des actes de l'acquéreur non reconnu du territoire, nous serions forcés de baser nos réponses sur l'étude préalable du problème de la validité ou de la non-validité des actes internationaux et même de quelques problèmes du droit de la guerre (occupation militaire). Ces recherches, indispensables pour la solution du problème sous l'aspect envisagé, nous mèneraient trop loin de l'objet immédiat de notre entretien.

Mais nous devons souligner que la reconnaissance d'un changement territorial lie les Etats qui ont reconnu ce changement, qu'une telle reconnaissance a pour conséquence l'application dans les relations entre les Etats en question des principes énoncés ci-dessous. La non-reconnaissance peut en règle générale servir à motiver des exigences allant plus loin que les exigences qui suivent la reconnaissance. En ne reconnaissant pas le changement territorial, l'Etat en question peut exiger au moins *de jure* l'application de l'ordre juridique en vigueur avant le changement effectué *de facto* : pour lui les problèmes posés par le changement sont juridiquement sans cause. Mais une étude de toutes les questions qui se rapportent à notre problème pour autant qu'une reconnaissance du changement territorial *de facto* a eu lieu, nous entraînerait trop loin de l'objet immédiat de nos recherches.

III.

Nous devons étudier les effets juridiques des changements territoriaux sur les droits des *particuliers*. Dans son exposé

préliminaire, le rapporteur a émis l'opinion que le terme « particuliers » dont les droits doivent former l'objet de nos études indique que nous devons exclure de nos recherches les droits des Etats, de leurs subdivisions et en général de toutes les personnes de droit public. Mais pour autant qu'il s'agit des particuliers ce terme doit embrasser les personnes physiques ainsi que les entités non douées de personnalité juridique et les personnes morales.

Seul M. Verzijl a posé la question : pourquoi éliminer les droits de subdivisions d'Etats si ces subdivisions agissent sur un pied d'égalité avec les véritables particuliers ? Certes la jurisprudence américaine a traité certains droits acquis par des municipalités qui ont changé de souverain à cause de changements territoriaux [1] (lors des cessions de territoires mexicains et espagnols), comme les droits des personnes morales privées, mais la tâche qui nous est imposée est de rechercher les effets des changements territoriaux sur les droits des particuliers. Je pense que nous compliquerions trop nos investigations en y incluant les droits des entités qui d'après certaines législations peuvent sous certaines conditions être assimilées aux droits des particuliers. Les subdivisions des Etats, appartenant à la structure administrative étatique sont plus exposées aux changements politiques liés aux changements territoriaux, que les personnes privées physiques ou morales.

Les particuliers des droits desquels il s'agit peuvent être après le changement territorial des ressortissants de l'Etat acquéreur ou bien des étrangers. Le droit positif garantit aux étrangers le droit à la protection diplomatique, droit mis en jeu par une procédure spéciale et dont ils peuvent seuls bénéficier.

---

[1] Cf. *Herbert A. Wilkinson*, The American Doctrine of State Succession (The Johns Hopkins University Studies in Historical and Political Science, T. II, n° 4), Baltimore 1934, p. 47 et ss.

Nous devons donc donner une réponse à la question de savoir quelles personnes doivent être considérées comme étrangères lors de changements territoriaux.

Il n'est pas douteux que les personnes qui n'ont pas possédé la nationalité de l'Etat cédant le territoire et qui n'ont pas acquis la nationalité de l'Etat acquéreur doivent être considérées comme étrangères.

D'autre part les personnes qui ont été ressortissantes de l'Etat cédant le territoire mais qui sont devenues étrangères en conséquence du changement territorial et à cause de ce changement (par exemple par l'exercice du droit d'option) doivent être considérées, elles aussi, comme étrangères. On doit donc admettre que toutes les personnes ne possédant pas après le changement territorial, au moment décisif pour le changement de la nationalité, celle de l'Etat acquéreur du territoire sont à qualifier d'étrangères.

Pour autant qu'il s'agit de la protection des personnes morales, nous devons effleurer le problème de la protection des personnes morales comme telles et de la protection des personnes physiques engagées dans les personnes morales dans le cas où la personne morale ne possède pas la qualité d'une personne étrangère et n'est pas à même d'exiger la protection diplomatique. Je pense que nous devons nous rallier à la pratique diplomatique et à la jurisprudence arbitrale plus ou moins stables et établir que la protection doit s'étendre à tous les associés d'une personne morale, même dans les cas où la personne morale est une entité interne de l'Etat cessionnaire du territoire [1].

[1] Cf. le rapport sur la protection diplomatique des nationaux à l'étranger présenté par M. *Borchard* au cours des travaux préparatoires de la session de Cambridge de notre Institut (*Annuaire de l'Institut*, Session de Cambridge, I (1931), p. 297), qui souligne la tendance à soulever le voile de l'organisation sociétaire et à s'enquérir de la nationalité des détenteurs

IV.

Les droits des particuliers qui peuvent être influencés par des changements territoriaux sont ou bien des droits dérivant des obligations internationales des Etats participant à ces changements ou bien des droits basés sur des dispositions du droit interne en vigueur dans le territoire qui a changé de souverain (sur des dispositions législatives ou sur des actes administratifs effectués sur la base de ces dispositions).

L'attribution de certains droits publics aux individus appartenant à la population du territoire qui a changé de souverain peut être considérée comme formant la conséquence des obligations qui incombent à l'Etat successeur envers la communauté internationale lors des changements territoriaux. A cette catégorie de droits appartiennent par exemple le droit à la nationalité et celui à l'établissement dans le territoire qui a changé de souverain. Dans le questionnaire adressé aux membres de la Commission le rapporteur a posé la question de savoir si l'étude de ces droits résultant des obligations imposées aux Etats par le droit des gens coutumier doit être incluse dans notre rapport.

Les réponses des membres de la Commission à cette question ont été assez divergentes.

Pour autant que la majorité des membres de la Commission, quoique une majorité faible, s'est prononcée pour l'insertion dans notre rapport des droits que nous devons considérer comme une répercussion des obligations des Etats fondées sur

---

d'actions et même de protéger les détenteurs nationaux sans tenir compte du lieu d'enregistrement, du siège ou du domicile de la société dont ces derniers possèdent des actions. — Cf. *Charles De Visscher*, De la protection diplomatique des actionnaires d'une société contre l'Etat sous la législation duquel cette société s'est constituée. Revue de Droit international et de Législation comparée, 1934, p. 624 et ss.

le droit des gens coutumier, c'est par cette catégorie de droits que nous devons commencer notre exposé.

Toutes les questions de nationalité qui se posent lors des changements territoriaux ne peuvent pas être envisagées par nous : c'est un vaste domaine qui trouve en règle générale une règlementation dans des traités internationaux (que ce soient des traités de paix ou des conventions spéciales).

Le contenu de ces dispositions varie d'un cas à l'autre. Mais il importe de constater que la pratique des Etats civilisés au cours de ces derniers siècles accorde à la population, qui change de souverain et qui est liée au territoire en question, le droit d'acquérir sous certaines conditions la nationalité de l'Etat acquéreur et de ne pas devenir apatride. A l'Etat acquéreur n'appartient que le droit de fixer ces conditions. Il peut choisir le rattachement du domicile ou celui de l'origine des personnes en question, il peut considérer comme décisive l'appartenance administrative à la province qui a changé de souverain, etc. En règle générale tous ces liens fondant la conservation de la nationalité ancienne ou l'acquisition de la nationalité nouvelle se trouvent réglés par les traités internationaux. Il ne nous incombe pas d'étudier toutes ces conditions et de proposer des solutions à ce problème. Il suffit que nous établissions le droit à la nationalité des personnes atteintes par le changement territorial, droit proclamé par l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies.

Parmi les membres de la Commission qui se sont prononcés pour l'inclusion du problème dont nous nous occupons dans le domaine de nos recherches, MM. Calonder et Kaeckenbeeck ont émis l'opinion que ce droit à la nationalité doit être reconnu mais non sans restrictions. M. Calonder pense que ce droit devrait être reconnu, surtout lorsque l'Etat antécesseur a été complètement absorbé, « sauf les restrictions et les exceptions

fondées sur l'ordre public de l'Etat successeur ». M. Kaeckenbeeck souligne lui aussi que le droit à la nationalité ne doit pas être protégé sans aucune restriction et que les changements de nationalité « devraient en général faire l'objet d'un règlement conventionnel. »

Le droit subjectif des individus faisant partie de la population atteinte par un changement territorial d'acquérir la nationalité de l'Etat cessionnaire doit être considéré comme formant le *minimum* de droits accordés à l'individu par le droit des gens coutumier. Certes, on peut poser la question de savoir si d'autres droits subjectifs, pas moins respectables, comme par exemple celui de retenir la nationalité de l'Etat antécesseur sans être contraint à se faire engloutir par l'Etat acquéreur (comme le souligne M. Verzijl dans ses observations en date du 15 avril 1950) ne doivent pas, eux aussi, faire partie de ce *minimum*. Cependant nous ne devons pas oublier que d'après la pratique internationale (je me permets de citer encore une fois M. Verzijl) « certaines catégories d'individus changent *automatiquement* de nationalité, indépendamment de leur désir de changer, — sauf la possibilité de corriger ce changement automatique par une déclaration de volonté sous certaines conditions ». N'oublions pas que la « correction » dont il s'agit, c'est-à-dire l'option pour la nationalité de l'Etat antécesseur, est liée, sauf quelques exceptions très rares, à l'obligation de quitter le territoire de l'Etat acquéreur. Pour entreprendre cette « correction » de l'acquisition automatique de la nationalité de l'Etat acquéreur du territoire, il faut l'avoir acquise : ce droit à l'acquisition de la nationalité est donc un droit primaire de l'individu. Mais d'autre part nous devons souligner que ce droit d'entreprendre la correction doit lui être reconnu comme il est reconnu dans la plupart des traités modernes. Même si l'on considère ce droit d'opter pour la nationalité de l'Etat antécesseur comme n'étant pas une règle du droit coutu-

mier, on doit émettre le vœu que cette règle soit généralisée en droit international particulier.

Concernant le droit de conserver son établissement, droit que l'exposé préliminaire du rapporteur considérait aussi comme formant la conséquence des obligations qui incombent à l'Etat successeur envers la communauté internationale lors des changements territoriaux, l'attitude des membres de la Commission fut la même que celle que j'ai exposée ci-dessus au sujet du droit à la nationalité.

Le droit à la nationalité et le droit de conserver son établissement forment donc une répercussion des obligations des Etats dérivée du droit des gens coutumier. Ils doivent par conséquent être protégés lors des changements territoriaux. Mais ces obligations des Etats et par conséquent ces droits des individus sont restreints par l'ordre public de l'Etat successeur. D'autre part nous devrons éliminer les abus possibles de la notion de l'ordre public, en posant le principe que cet ordre public ne saurait être à l'origine de violations des droits de l'homme reconnus par les déclarations récentes. L'ordre public ne peut par exemple excuser le retrait de la nationalité ou du droit de conserver son ancien établissement frappant des groupes ethniques entiers. En ce qui concerne le droit de conserver son établissement, ce droit peut être subordonné, comme l'a souligné M. Kaeckenbeeck dans sa réponse au questionnaire, au fait de ne pas abandonner volontairement la nationalité du pays où se trouve ce domicile. Une telle restriction est reconnue, sauf quelques rares exceptions, par toutes les dispositions conventionnelles sur la nationalité émises à l'occasion de changements territoriaux. La conséquence de l'option pour la nationalité de l'Etat qui a perdu le territoire est en règle générale, comme nous l'avons déjà mentionné, l'obligation de quitter le territoire de l'Etat acquéreur.

V.

En traitant des effets des changements territoriaux sur les droits des particuliers, la doctrine les envisage en règle générale sous l'aspect de la protection des droits acquis. La thèse que certains droits doivent sous certaines conditions être protégés lors du changement de souveraineté territoriale est presque unanimement reconnue. On parle de la protection des « droits acquis » (vested rights, wohlerworbene Rechte). Quoique admis non sans réserves, ce terme est très répandu. En employant la notion des droits acquis ou en la rejetant, nous ne devons pas oublier qu'il s'agit des répercussions du changement de l'ordre juridique sous l'empire duquel les droits en question ont été créés sur le maintien de ces droits. Dans notre cas ce changement est occasionné par le changement de la souveraineté territoriale. Le problème dont nous devons nous occuper est analogue au problème des « droits acquis » en droit intertemporel ou transitoire (le principe de la non-rétroactivité des règles juridiques) et en droit international privé (changement de circonstances de rattachement survenu après l'acquisition d'un droit, par exemple changement de nationalité, du domicile, de la situation d'une chose, etc.). Par conséquent l'expérience acquise en droit intertemporel et en matière de conflits de lois peut trouver application *mutatis mutandis* dans le domaine de nos recherches.

L'objet de nos études est donc la répercussion du changement de l'ordre juridique consécutif à un transfert de la souveraineté territoriale sur les droits acquis avant ce changement.

Avant d'examiner tous les aspects du problème dont nous nous occupons, nous devons souligner que la notion des droits acquis qui doivent être sous certaines conditions protégés exige une précision, car le principe de leur protection, que l'on présente parfois comme la clef de toutes les difficultés,

ne donne pas une solution à notre problème, mais ne fait que le poser [1].

Le problème des droits acquis n'est autre chose que le problème de l'efficacité des droits fondés sur des dispositions qui ne sont plus applicables, soit à cause du changement de la législation compétente interne, soit à cause du changement de circonstances de rattachement survenu après l'acquisition du droit, soit — et c'est notre cas — à cause d'un changement territorial. Car un changement de souveraineté territoriale s'accompagne toujours d'un changement de l'ordre juridique qui était en vigueur sur le territoire en question, et cela même si l'Etat acquérant le territoire laisse en vigueur une partie des dispositions législatives de l'Etat cédant le territoire. Le droit civil allemand qui est resté en vigueur en Alsace-Lorraine de 1918 à 1925 n'était plus le droit allemand, mais le droit français, le droit local des départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, quoique le contenu de ce droit local fût identique au droit civil qui continuait à être en vigueur sur la rive droite du Rhin. Le code civil autrichien, qui est resté en 1918 en vigueur dans les territoires ci-devant autrichiens de la Pologne, faisait partie du droit polonais et non plus du droit autrichien.

Nous ne devons donc pas nous contenter de la proclamation du principe de la protection des droits acquis, mais nous devons étudier les répercussions des changements territoriaux sur diverses catégories de droits des particuliers, droits fondés sur un ordre juridique désormais sans vigueur.

L'ordre juridique de l'Etat acquéreur entre en vigueur aussitôt que le changement territorial est effectué et il est compétent

---

[1] Cf. pour le domaine des conflits de lois *Arminjon*, La notion des droits acquis en droit international privé. Académie de Droit international. Recueil des cours, 1933 II (44), p. 103.

dorénavant pour régler la vie juridique du territoire, y compris les droits des particuliers. La question se pose seulement de savoir quelles sont les limites fixées à l'extension de la compétence de cet ordre juridique nouveau par le droit des gens. Cette question doit former le problème principal de nos recherches.

L'exposé préliminaire du rapporteur a proposé d'étudier les effets des changements territoriaux sur les droits des particuliers en distinguant les droits publics, les droits privés et les droits mixtes.

Quelques membres de la Commission ont émis l'opinion que cette distinction n'est pas appropriée à servir de base systématique à nos investigations et ont suggéré d'étudier des catégories plus concrètes, comme par exemple les droits patrimoniaux (réels et non réels), droit à la nationalité, etc., c'est-à-dire d'étudier chacun des domaines qui jouent un rôle dans la *pratique* de la succession d'Etat à Etat en soulignant en même temps qu'on ferait bien de se limiter pour le moment aux droits patrimoniaux qui sont le noyau de la doctrine traditionnelle de la succession d'Etat à Etat, en ce qui concerne la situation de l'individu.

Cette restriction de l'objet de nos recherches ne semble pas être justifiée vu la tâche qui nous est imposée. L'objet des études qui nous sont confiées embrasse les effets des changements territoriaux sur les droits des particuliers tout court, sans restreindre ces effets aux droits patrimoniaux. L'étude approfondie de certaines catégories de droits qui jouent un rôle important dans la pratique de la succession d'Etat à Etat n'exclut pas une systématisation de ces droits sous un point de vue plus général et un encadrement de ces droits dans certaines catégories moins individualisées.

VI.

Si nous envisageons certaines catégories générales de droits et si nous admettons que l'appartenance d'un droit individuel à l'une de ces catégories est importante du point de vue juridique lors d'un changement territorial, nous devons donner une réponse à la question de savoir quel ordre juridique est compétent pour qualifier ladite appartenance. Il se peut que, par suite d'un changement territorial, le caractère juridique d'un certain droit change automatiquement sous l'empire du système légal de l'Etat acquéreur, qu'un droit par exemple ci-devant privé se transforme et acquière le caractère d'un droit public. La qualification de la nature juridique d'un droit qui a été réglé par la législation en vigueur avant le changement territorial et qui passe sous la domination de la législation de l'acquéreur du territoire peut être effectuée d'après la méthode comparative (la solution que le rapporteur proposait), ou bien en choisissant entre la qualification d'après le droit en vigueur dans le territoire en question avant le changement de la souveraineté territoriale, et la qualification d'après la loi du for. La plupart des membres de notre Commission qui se sont prononcés sur la question de qualification faisant en ce moment l'objet de nos délibérations ont rejeté la méthode comparative. M. Udina s'est déclaré partisan de la loi du for tandis que M. Kaeckenbeeck s'est prononcé pour la qualification selon la loi conformément à laquelle ce droit a été constitué. C'est cette dernière qualification qui doit être acceptée. En effet, comme l'a souligné judicieusement M. Kaeckenbeeck dans sa réponse au questionnaire du rapporteur, si l'on part de la notion de droit acquis, on admet la prédominance de la loi qui a présidé à la naissance du droit en question (du moins pour autant qu'il s'agit de déterminer le contenu ou la qualification de ce droit).

VII.

Les droits publics basés sur le droit interne de l'Etat qui a cédé le territoire et acquis avant le changement territorial ne sont pas protégés en droit international coutumier.

Le nouveau souverain n'est pas lié par les dispositions du droit constitutionnel ou administratif de son prédécesseur, sur lesquelles sont fondés les droits des particuliers protégés par l'ordre juridique en vigueur avant le changement territorial. L'Etat successeur peut laisser en vigueur ces dispositions pour un certain laps de temps, mais aucune réclamation basée sur une disposition en vigueur avant le changement territorial ne peut être fondée en droit international coutumier. Si l'on invoque les droits de l'homme qui doivent être protégés lors de tout changement de souveraineté (cf. les réponses de M. Laun et de M. Badawi Pacha au questionnaire du rapporteur) on émet un vœu qui concerne l'ordre juridique constitutionnel de l'Etat successeur de même que celui de l'Etat cédant le territoire : la protection des droits de l'homme a une portée plus générale que la protection des droits des particuliers lors des changements territoriaux.

On peut, certes, émettre le vœu que certains droits, quoique non protégés par le droit international coutumier actuel, trouvent, de *lege ferenda*, protection dans un esprit d'équité et pacificateur (cf. la réponse de M. Calonder au questionnaire du rapporteur).

Je pense que ces « certains » droits ne peuvent être que ceux protégés par quelques conventions mais aucunement par toutes les conventions conclues à l'occasion des cessions territoriales. Ces droits sont les droits à la pension de retraite des fonctionnaires et les droits basés sur l'assistance sociale, pour autant que ces droits puissent être qualifiés de droits publics.

En ce qui concerne les retraites, nous ne pouvons que répéter ce qu'a dit M. Max Huber dans sa célèbre monographie parue il y a plus de 50 ans : la pratique qui les concerne est absolument arbitraire [1]. Il est bien difficile de dégager les lignes directrices de cette pratique pour établir quelques principes stables reconnus par le droit international coutumier. Tout dépend des modalités des changements territoriaux, des conditions politiques de ces changements, etc.

Nous retrouvons les mêmes solutions individuelles concernant l'assistance sociale. La réglementation de cette assistance, pour autant que les droits acquis qui la concernent sont en principe reconnus, ne peut être qu'individuelle d'un cas à l'autre parce qu'elle doit trouver des solutions appropriées aux dispositions législatives des Etats contractants. Les dispositions très détaillées sur les assurances sociales qu'on trouve dans la convention du 15 mars 1922 concernant la Haute-Silésie (art. 171 à 215) peuvent servir d'exemple d'une telle réglementation.

Nous devons donc proclamer que la protection des droits acquis avant le changement territorial et ayant pour objet les pensions de retraite des fonctionnaires ou l'assistance sociale dans toutes ses formes doit trouver reconnaissance dans le droit international, et qu'il est désirable que des conventions spéciales soient conclues entre les Etats participant à la cession territoriale pour garantir l'exécution non seulement juste, mais aussi appropriée au cas concret, du principe proclamé ci-dessus.

[1] *Max Huber*, Die Staatensuccession, Leipzig, 1898, p. 123, n° 176.

VIII.

Le problème le plus important que nous ayons à résoudre est celui des effets de changements territoriaux sur les droits *privés* des particuliers, parce que c'est le problème qui forme le centre non seulement de la doctrine, mais aussi de la pratique internationale dans notre domaine.

Nous devons donc passer en revue les diverses catégories de droits privés qui peuvent être affectés par un changement territorial.

Comme nous l'avons déjà mentionné ci-dessus, le problème que nous devons résoudre est celui des limites posées par le droit international au « changement de statut » par le nouveau souverain. Ce nouveau souverain est-il libre de traiter arbitrairement les rapports juridiques nés avant le changement territorial ou doit-il observer certaines restrictions posées par le droit des gens ?

Les rapports juridiques dont il s'agit peuvent appartenir aux diverses branches du droit privé.

Nous devons établir d'ores et déjà que seuls les droits basés sur les rapports juridiques qui continuent après leur création (Dauerrechtsverhältnisse) doivent être envisagés par nous. La survivance des droits à la reconnaissance d'une condition juridique créée par un acte juridique valable avant le changement territorial est en règle générale incontestable. Les mariages valablement conclus conformément au droit en vigueur au moment de leur célébration ne peuvent être déclarés par le nouveau souverain nuls et non avenus. Les divorces prononcés avant le changement territorial ne peuvent être considérés comme non valables. Les successions dévolues conformément au droit en vigueur avant le changement territorial ne peuvent être redistribuées d'après le droit nouveau. L'introduction du nouvel ordre juridique ne peut donc exercer un effet rétro-

actif. Ce principe est confirmé par une pratique unanime. Ce n'est que par rare exception, vu des circonstances strictement individuelles, que ce principe de la non-rétroactivité peut trouver des restrictions [1].

D'autre part les droits dont l'exercice, fondé sur une condition juridique une fois établie, se continue, comme par exemple les rapports personnels ou patrimoniaux des époux, les rapports fondés sur un contrat de louage etc., sont en règle générale intégrés au nouvel ordre juridique. Mais, et c'est en cela que les droits privés diffèrent en général des droits publics, jusqu'à la transformation de l'ordre juridique en vigueur avant le changement territorial les droits privés continuent d'exister, quoique sur une base juridique nouvelle en la forme.

La question se pose de savoir si l'omnipotence de l'Etat acquéreur en matière législative est limitée par le droit international par rapport aux droits acquis avant le changement territorial ou si une telle limitation n'existe pas.

Le principe de la survivance des droits privés a été maintes

---

[1] Un exemple d'une telle situation individuelle nous est donné par la disposition de l'ordonnance française du 15 septembre 1944 sur le rétablissement de la légalité républicaine dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle (je dois souligner qu'il s'agit dans ce cas non de changements territoriaux, mais d'occupation militaire) : l'Allemagne a introduit pendant l'occupation le droit allemand en Alsace et en Lorraine. L'ordonnance que nous venons de mentionner a rétabli la légalité républicaine dans les départements susmentionnés, en proclamant que la législation en vigueur dans ces départements à la date du 16 juin 1940 est restée seule applicable. Mais l'ordonnance a reconnu que les actes juridiques et les engagements contractuels conclus valablement sous l'empire de la législation de fait sont validés. Cependant les dévolutions successorales effectuées suivant d'autres règles que celles en vigueur au 16 juin 1940 pouvaient être annulées, à la requête de tout ayant droit formulée avant l'expiration d'un an après la date légale de la cessation des hostilités, et remplacées par les dévolutions conformes à la législation en vigueur à la date du 16 juin 1940.

fois proclamé dans les traités internationaux, surtout par rapport aux droits patrimoniaux. La protection de la « propriété » lors de changements territoriaux a été reconnue dans nombre de conventions internationales : la citation de textes de ces conventions pourrait remplir des pages entières. On admet judicieusement que le terme « propriété » embrasse dans ces conventions non seulement la propriété au sens strict du mot (la propriété du droit romain), mais tous les droits de caractère patrimonial (il s'approche donc du terme « property » du droit anglo-américain).

La question se pose de savoir si ces dispositions de traités internationaux formulent une règle de droit international coutumier ou bien si elles doivent être considérées comme des exceptions à la règle n'octroyant pas la protection des droits acquis lors de changements territoriaux. Une réponse à cette question pourrait nous être donnée par la pratique internationale dans tous les cas de changements territoriaux où le problème qui nous occupe ne fut pas l'objet d'une réglementation conventionnelle.

Le principe de la protection des droits acquis fut proclamé par rapport aux changements territoriaux dans un nombre d'arrêts de tribunaux ; le plus célèbre est la sentence du Chief Justice Marshall dans l'affaire *United States v. Perchemann* [1].

Quelle est la portée juridique du principe du respect des droits acquis ? Le respect absolu de ces droits signifierait l'impossi-

[1] 7 *Pet.* 51 *(86)* : "It may not be unworthy of remark, that it is very unusual, even in cases of conquest, for the conqueror to do more than to displace the sovereign and assume dominion over the country. The modern usage of nations, which has become law, would be violated ; that sense of justice and of right which is acknowledged and felt by the whole civilized world would be outraged, if private property should be generally confiscated and private rights annulled. The people change their allegiance ; their relation to their ancient sovereign is dissolved ; but their relations to each other, and their rights of property, remain undisturbed."

bilité de changer les lois en vigueur au moment du changement territorial.

Une telle restriction serait incompatible avec la souveraineté législative de l'Etat acquéreur. La pratique internationale a précisé le principe dont nous nous occupons en soulignant que seule l'abolition des droits privés fondés sur des règles de droit encore en vigueur est contraire au droit international. C'est le sens de l'avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale en date du 10 septembre 1923 au sujet de certaines questions touchant *les colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne*. Voici ce qu'on lit dans cet avis [1] :

« Des droits privés, acquis conformément au droit en vigueur ne deviennent point caducs à la suite d'un changement de souveraineté. Personne ne nie que le droit civil allemand — tant matériel que formel — n'a cessé de s'appliquer dans les territoires dont il s'agit. On ne saurait prétendre que, alors que la législation survit, les droits privés acquis conformément à cette législation soient condamnés à périr. Une telle assertion n'est basée sur aucun principe et serait contraire à l'opinion et à la pratique quasi universelle. »

Le changement territorial n'autorise donc pas l'Etat acquéreur à outrepasser les dispositions législatives restées en vigueur dans le territoire cédé, les dispositions formant la base des droits privés acquis avant la cession. La constatation de la validité de l'acquisition d'un droit ne peut être effectuée que conformément à ces dispositions [2].

[1] *Publ. C.P.J.I.*, Série B, nº 6, p. 36.

[2] Voici ce que nous lisons dans l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale en date du 25 mai 1926 relatif à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (*Publ. C.P.J.I.*, Série A, nº 7, p. 42) : « Si la Pologne veut contester la validité de cette inscription, son annulation ne saurait, en tout cas, résulter que d'une décision rendue par la juridiction compétente ; c'est ce qui ressort du principe du respect des droits acquis, principe qui, ainsi que la Cour a eu l'occasion de le constater à maintes reprises, fait partie du droit international commun qui, sur ce point, entre autres, est à la base de la Convention de Genève. »

Mais pour qu'un droit privé puisse être considéré comme acquis il faut qu'il soit réellement acquis conformément aux dispositions du droit en vigueur, et que cette acquisition soit accomplie avant le changement territorial. Il doit donc s'agir d'un droit, l'existence de certains intérêts économiques ne suffit pas [1].

L'achèvement de l'acquisition du droit en question doit être jugé par application du droit internationalement compétent, c'est-à-dire du droit matériel compétent du territoire ou bien du droit compétent conformément aux règles de conflit en vigueur dans le territoire cédé avant le changement territorial. L'avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale en date du 10 septembre 1923 nous fournit un exemple d'une telle application du droit compétent relativement à divers contrats conclus entre les colons d'origine allemande, dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne, et le Gouvernement prussien [2]. La Cour a examiné les dispositions du droit allemand sur le transfert de la propriété foncière pour apprécier la fonction juridique de l'*Auflassung*, c'est-à-dire de l'échange de déclarations relatives au transfert de la propriété, fait en même temps par les deux parties au bureau du Registre foncier, et pour décider si les droits des colons avant l'*Auflas-*

[1] On pourrait appliquer *mutatis mutandis* la thèse que nous trouvons dans l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale en date du 12 décembre 1934 (affaire *Oscar Chinn*), (*Publ. C.P.J.I.*, Série A/B nº 63, p. 88), quoique cet arrêt ne se rapporte pas à un cas de changement territorial : « La Cour, sans méconnaître le changement de la situation économique de M. Chinn... ne saurait apercevoir dans sa situation primitive, qui comportait la possession d'une clientèle et la possibilité d'en tirer profit, un véritable droit acquis. Une conjoncture économique favorable, ainsi que l'achalandage, sont des éléments temporaires susceptibles de modifications inévitables... » Dans le même sens l'opinion individuelle de Sir Cecil Hurst, *loc. cit.*, p. 131 et s.

[2] *Publ. C.P.J.I.*, Série B, nº 6, p. 29 et ss.

sung pouvaient être considérés comme imparfaits ou bien comme des droits valablement acquis.

Un droit doit donc être valablement acquis. Cette acquisition doit avoir eu lieu avant le changement territorial. Pour appuyer cette restriction nous pouvons citer la décision du Tribunal Arbitral de Haute-Silésie dans l'affaire *Ul c. Pologne*, décision qui a formulé la restriction dont il s'agit à l'occasion d'une demande d'une société fondée après le transfert du territoire plébiscité [1].

Le principe de la survivance des droits privés acquis avant le changement territorial doit donc être reconnu sans aucune restriction.

Un autre problème est celui des pouvoirs de l'Etat acquéreur, après ledit changement, de porter atteinte aux droits ayant conservé leur valeur juridique à son égard comme auparavant à l'égard de son antécesseur.[2]. Le respect *absolu* des droits acquis aurait pour conséquence une prohibition de changer les dispositions législatives qui forment la base juridique de ces droits. Une telle restriction de la compétence législative de l'Etat acquéreur n'existe pas en droit international coutumier. L'Etat acquéreur peut changer les règles de fond (les règles « matérielles ») en matière de droit privé, il peut établir à son gré des dispositions transitoires réglant l'application des règles de fond dans le temps, il peut établir souverainement les règles de conflit déterminant l'application des règles de fond dans l'espace. La compétence du pouvoir législatif de l'Etat acquéreur n'est limitée en droit positif que sous certaines

[1] *Schiedsgericht für Oberschlesien.* Amtliche Sammlung von Entscheidungen... vol. II, p. 118 ; cf. *Kaeckenbeeck*, The International Experiment of Upper Silesia, 1942, p. 62 et s.

[2] C'est M. Verzijl qui a souligné judicieusement dans ses observations sur le rapport provisoire du rapporteur la portée juridique de cette distinction (cf. sa lettre du 15 avril 1950).

conditions, notamment sous la condition qu'il s'agisse d'une propriété « étrangère ». Le manque de toute documentation concernant la protection des droits acquis par les personnes qui ont acquis la nationalité de l'Etat acquéreur, pour autant qu'une telle protection n'est pas garantie par des conventions internationales, a fondé l'opinion que la seule restriction posée à l'omnipotence de cet Etat quant aux droits acquis des particuliers soit celle fondée dans la condition des étrangers garantie par le droit international [1].

Le problème des limites posées à la compétence de l'Etat acquéreur dépasse donc, comme l'a judicieusement observé M. Verzijl dans sa lettre adressée au rapporteur le 15 avril 1950, l'objet des travaux de la sixième Commission. La question dont il s'agit appartient aux problèmes de la condition des étrangers en droit international. Elle se pose dans tous les cas où une situation juridique particulière distincte de celle des nationaux est accordée aux étrangers. Par exemple nous la retrouvons lorsque nous abordons le problème des effets internationaux de nationalisations ou de monopolisations. Etant donné que la condition de la propriété étrangère lors des changements territoriaux ne forme qu'une application particulière de la règle générale sur la condition de cette propriété, on pourrait s'en référer simplement pour cette question spéciale à la règle fondamentale que nous venons de mentionner. On pourrait donc se contenter de proclamer le principe de la

---

[1] Le représentant le plus récent de cette théorie est *Hermann Mosler*, Wirtschaftskonzessionen bei Änderung der Staatshoheit, 1948, p. 39 et ss. — Le projet de Résolutions élaboré par M. Cavaglieri et mentionné ci-dessus, après avoir établi le principe de la liberté législative de l'Etat cessionnaire, continuait (*Annuaire de l'Institut*, 1934, p. 478) : « Il (l'Etat annexant ou nouveau) doit pourtant reconnaître et respecter les droits privés acquis, d'après la législation antérieure, par des étrangers, si cette reconnaissance n'est pas contraire à ses lois d'ordre public. »

survivance des droits privés acquis avant le changement territorial, en soulignant qu'après ce changement la propriété étrangère tombe sous le coup de la règle générale énoncée ci-dessus [1]. Mais pour autant que nous aurons à étudier la question de savoir si le régime de la propriété étrangère ne devrait pas être appliqué, au moins de *lege ferenda*, aux droits acquis par les personnes appartenant à la population du territoire cédé et ayant acquis par effet de cette cession la nationalité de l'Etat acquéreur, nous devons indiquer les principes généraux applicables aux droits privés acquis par ces personnes.

La pratique internationale nous enseigne que le droit international coutumier pose des restrictions à l'omnipotence législative et administrative d'un Etat s'il s'agit des droits acquis par des étrangers.

On a souvent avancé la règle que c'est la discrimination des étrangers, c'est-à-dire un traitement non identique à celui dont bénéficient les nationaux, qui peut fonder la responsabilité de l'Etat ayant édicté une telle disposition discriminatoire.

Mais peut-on affirmer que le traitement des étrangers égal à celui des nationaux peut dans tous les cas exclure la responsabilité de l'Etat ? Peut-on dire que toute mesure, quelque atteinte qu'elle porte à des droits des étrangers, doit être considérée comme internationalement correcte pourvu qu'elle s'applique également aux nationaux ? Une réponse négative est donnée presque unanimement. On admet qu'il existe un niveau *minimum*, un niveau de conduite commun à tous les Etats civilisés.

Si donc l'Etat acquéreur porte atteinte par ses mesures législatives après le changement territorial aux droits acquis appartenant à ce *minimum* international, l'Etat étranger peut présenter une réclamation au nom de ses ressortissants frappés par

[1] C'est le point de vue de M. Verzijl.

ces mesures, même dans le cas où les nationaux doivent se contenter des conditions offertes par leur constitution nationale.

L'existence des limites du droit international commun en ce qui concerne l'expropriation des droits acquis des étrangers lors de changements territoriaux a été reconnue dans l'Arrêt nº 7 de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de *Chorzow*.[1] Voici ce que nous lisons dans cet arrêt :

« D'autre part il n'est guère douteux que l'expropriation admise par le Titre III de la Convention (Convention de Genève concernant la Haute-Silésie) est une dérogation aux règles générales appliquées en ce qui concerne le traitement des étrangers et au principe du respect des droits acquis... Toute atteinte aux biens, droits et intérêts de ressortissants allemands visés par le titre III de la Convention qui n'est pas justifiée par un titre spécial primant la Convention et qui dépasse les limites du droit international commun, est donc incompatible avec le régime établi par la Convention. »

L'atteinte portée aux droits acquis des étrangers et commise par des actes législatifs peut revêtir diverses formes.

Les droits acquis peuvent être atteints par l'introduction d'un monopole d'Etat, par des confiscations ou par des expropriations sans dédommagement équitable entreprises au cours des réformes sociales ou spécialement agraires. La réforme agraire en Roumanie et ses répercussions sur les droits acquis des optants hongrois ont provoqué non seulement des notes diplomatiques et des discussions très intéressantes au sein du Conseil de la Société des Nations ou du Tribunal arbitral mixte roumano-hongrois, mais aussi un échange d'opinions d'un nombre important de juristes de renommée internationale, ce qui a conféré au *différend roumano-hongrois* le caractère d'un cas célèbre.

Les réformes mentionnées ci-dessus peuvent léser des droits réels (par exemple les droits de la propriété foncière) ou bien

[1] *Publ. C.P.J.I.*, Série A, nº 7, p. 22.

des droits fondés sur des obligations (par exemple les obligations des emprunts, les actions des entreprises industrielles, etc.).

Quel que soit le droit lésé et quelle que soit la forme de l'acte qui a porté atteinte à ce droit acquis, on peut établir le principe que la confiscation pure et simple d'un tel droit acquis par un étranger doit avoir pour conséquence le dédommagement de la personne lésée.

Dans tous les cas où il s'agit d'une expropriation, c'est-à-dire de la privation d'un droit moyennant compensation, le paiement d'une indemnité ne peut être exigé que si la compensation est à considérer comme non équitable. Certes, il sera très difficile d'élaborer un standard international *minimum* de compensation : les notions régnant sur le rôle reconnu à l'individu dans la structure étatique, les possibilités économiques et financières de l'Etat en question influenceront la décision à prendre sur l'indemnité et sur son montant. C'est donc en envisageant toutes les particularités de chaque cas qu'on pourra établir pour ce cas individuel le montant équitable de la compensation. Quant au standard international minimum de compensation, il ne pourra être établi qu'approximativement. C'est l'activité judiciaire, surtout celle des instances internationales, qui nous fournira les directives pour fixer ce standard.

Tel est le régime de la propriété étrangère fondé en droit international coutumier. Ce régime doit trouver application aussi dans les cas de changements territoriaux.

IX.

Nous avons étudié les effets des changements territoriaux sur les droits publics et les droits privés des particuliers. Il nous reste à rechercher les répercussions d'un changement de souveraineté territoriale sur les droits dits *mixtes*, c'est-à-dire des droits fondés sur des relations juridiques dont l'Etat est

l'une des parties, mais dont l'autre partie est un particulier, sur des relations juridiques qui embrassent d'une part des intérêts publics de l'Etat et d'autre part des intérêts privés de particuliers. La plus importante des catégories des droits mixtes est celle des concessions. Il est incontestable que l'opinion juridique moderne penche vers la reconnaissance des concessions basées sur des actes de l'Etat qui a cédé le territoire [1]. Cette tendance s'appuie sur le principe du respect des droits acquis par les particuliers, droits représentant une valeur économique incontestable. D'autre part, des intérêts publics considérables peuvent être en jeu, des intérêts qui exigent des restrictions de ce principe par rapport aux concessions. Nous devons donc poser les jalons d'une solution tenant compte de ces deux catégories d'intérêts et établissant un juste équilibre entre eux. La mesure de la protection prescrite par le droit international dépend dans le cas des droits mixtes de la question de savoir si c'est le caractère public ou le caractère privé qui domine.

En étudiant les droits des concessionnaires nous devons établir d'ores et déjà que seules les concessions basées sur les dispositions du droit interne de l'Etat cédant le territoire doivent être envisagées par nous. Les concessions fondées sur des conventions internationales, que ce soient les concessions établies directement par de telles conventions ou les concessions prescrites par un acte international, doivent rester en dehors de nos investigations. Les concessions que nous venons de mentionner sont des concessions basées sur le droit interne, mais dictées par les dispositions de traités internationaux. Elles sont étroitement liées aux relations externes de l'Etat

[1] Cf. *Hermann Mosler, op. cit.*, p. 35 ; *Kaeckenbeeck*, La protection internationale des droits acquis. Académie de Droit international. Recueil des Cours, 1937, I (59), p. 348.

dont il s'agit et ont par conséquent un caractère plus international qu'interne.

Ce sont donc les concessions du droit interne qui doivent être l'objet de nos recherches. La notion de concession est très vaste et très variée ; elle change suivant la législation et les doctrines. Il nous est impossible de donner un aperçu des divers types de concessions connus dans les ordres juridiques du monde entier. Mais ce qui est caractéristique pour chaque type de concession — que ce soit, pour employer les termes du droit français, une concession de service public, une concession de travaux publics, ou une concession du domaine public, ou bien une « public utility » du droit anglo-américain —, c'est que la concession représente un contrat conclu entre une autorité publique et un particulier, contrat par lequel cette autorité octroie audit particulier dans l'intérêt public un ou plusieurs droits ou facultés, relevant de la puissance publique de l'autorité octroyante [1]. Les droits d'un concessionnaire sont donc fondés non pas directement sur des dispositions législatives, mais sur un contrat conclu par lui avec l'autorité compétente de l'Etat en question. Deux groupes de concessions doivent être distingués au point de vue de l'objet de nos investigations. La concession peut octroyer l'exercice de droits politiques de souveraineté (par exemple le droit de juridiction, l'exercice des droits de souveraineté par des sociétés coloniales, le droit de prélever des impôts) ou bien l'exercice de droits d'administration publique (à ce groupe appartiennent la plupart des concessions avec lesquelles avait affaire la pratique : les concessions de chemins de fer, de navigation maritime, fluviale et aérienne,

[1] Les définitions de « concession » qui se trouvent dans la pratique arbitrale ou judiciaire reflètent, comme le souligne judicieusement *Mosler*, *op. cit.*, p. 80 et ss., les particularités des cas concrets qui ont fourni l'occasion de cette formulation.

les concessions de transmission des nouvelles par la poste, le télégraphe, la radiodiffusion, les concessions ayant pour objet la gestion des entreprises commerciales ou industrielles d'intérêt public ou ayant un caractère de monopole, par exemple les concessions de banques d'émission, d'exploitation de mines, de production du gaz, de l'électricité, etc.).

Nous devons souligner d'ores et déjà que les concessions qui font pour le moment l'objet de nos recherches, même celles ayant pour objet l'exercice des droits politiques, sont étroitement liées à des intérêts économiques, et que les droits de celui à qui la concession fut octroyée sont, partant, des droits patrimoniaux au sens large de ce terme.

a) Concessions octroyant l'exercice des droits régaliens. Pour autant qu'une concession a eu pour objet une prérogative de la puissance publique, par exemple le droit d'exercer une fonction entrant dans la compétence d'un fonctionnaire public, son caractère de droit public prévaut : la conséquence en est que l'Etat cessionnaire n'est pas lié par les obligations basées sur la concession. Si le droit subjectif est de caractère public il ne s'impose pas à la souveraineté du cessionnaire. L'organisation politique de l'Etat cessionnaire se substitue automatiquement à celle de l'Etat cédant. Un exemple nous est fourni pour appuyer la thèse que nous venons d'exposer par les arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *O'Reilly de Camara c. Brocke* (arrêt du 16 mars 1908 : 209 US 45) et dans l'affaire *Lanchez c. Etats-Unis* (arrêt du 21 février 1910: 216 US 167). Dans la première de ces affaires, il s'agissait du droit d'inspection des viandes qui autorisait à prélever une certaine somme par tête de bétail tué à l'abattoir, du droit lié à la charge de « Alguacil mayor » de La Havane, à Cuba, qui pouvait être achetée avant la guerre hispano-américaine aux enchères publiques à la Couronne espagnole. Après l'occupation de La Havane par les troupes américaines les autorités

des Etats-Unis ne permirent plus à l'ayant droit d'exercer les fonctions susmentionnées. Le recours de l'ayant droit, basé sur l'article 8 du Traité de Paris du 10 décembre 1898 qui stipulait que la cession ne portait en rien atteinte à la propriété ou aux droits afférents à la possession de toute espèce de propriété, échoua, la Cour ayant décidé que les droits liés à la charge d'un fonctionnaire espagnol ne pouvaient pas survivre à la souveraineté espagnole à Cuba. L'autre arrêt a proclamé la même thèse concernant une charge de « Procurador » auprès d'un Tribunal de première instance qui possédait conformément au droit espagnol un *jus ad rem* [1].

Il fut donc décidé que le caractère de droit public inhérent au droit acquis avant le changement territorial a eu pour conséquence que ce droit s'est éteint lorsque a pris fin la souveraineté espagnole. De même le Tribunal arbitral pour la Haute-Silésie a décidé, lui aussi, que la disposition de l'art. 4 § 1 de la Convention de Genève, qui garantissait la protection des concessions, ne pouvait embrasser les droits publics se rapportant à l'organisation de l'Etat [2].

Mais si la concession contient des éléments de pouvoir politique et de droits patrimoniaux et si ces derniers peuvent être séparés des attributions d'une charge politique, cette séparation doit être effectuée et les droits patrimoniaux doivent être protégés comme tels. Si, par exemple, une société coloniale a obtenu par la voie d'une concession le droit d'exercer la police fluviale ainsi que le droit d'exploiter la navigation sur le même fleuve, ce dernier droit peut survivre au changement territorial tandis que le droit de police peut être consi-

---

[1] Cf. le cas de la *comtesse de Buena Vista* rapporté par *Moore*, Digest of International Law, I, § 99, p. 428 et s.

[2] Décision du 6 juin 1931 dans l'affaire *Niederstrasser c. l'Etat Polonais : Recueil officiel de décisions*, II, p. 156 et ss.

déré comme devenu incompatible avec les droits de souveraineté de l'Etat cessionnaire [1].

b) Les concessions qui octroient l'exercice de certaines fonctions dans un intérêt public ont une importance beaucoup plus grande. Les droits acquis par l'octroi de ces concessions sont en règle générale des droits d'une valeur économique considérable.

On doit poser la thèse que les droits patrimoniaux résultant ou faisant partie d'une concession doivent être respectés lors d'un changement territorial affectant la concession.

Cette thèse peut être appuyée par nombre de dispositions de traités internationaux datant de l'époque où l'octroi de concessions a été le plus répandu, c'est-à-dire dès le commencement du XIX^e siècle [2].

Quant aux changements territoriaux sans réglementation conventionnelle, l'exemple le plus souvent cité est celui des *concessions dans les républiques sud-africaines* après leur

[1] La séparation des droits politiques et des droits patrimoniaux a été envisagée par exemple au cours de l'arbitrage entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis dans l'affaire de *La Compagnie de la Baie d'Hudson* : cf. *La Pradelle-Politis*, Recueil des arbitrages internationaux, II, p. 503 et ss. ; *Mosler*, *op. cit.*, p. 97.

[2] Pour ne citer que quelques exemples bien connus de telles dispositions nous pouvons mentionner l'art. 10 du Traité de Zurich du 10 novembre 1859 (« Le Gouvernement sarde reconnaît et confirme les concessions de chemins de fer accordées par le Gouvernement autrichien sur le territoire cédé, dans toutes leurs dispositions et pour toute leur durée »), l'art. 5 du Traité entre la France et la Sardaigne du 23 août 1860 concernant la cession de la Savoie et de Nice, le Traité du 29 mars 1864 concernant les Iles Ioniennes, qui a spécialement mentionné les privilèges concédés à la Banque Ionienne, au Lloyd autrichien, à la Compagnie de gaz de Malte et de la Méditerranée, l'art. 13 de la Convention additionnelle du 11 décembre 1871 au Traité de Paix de Francfort de 1871 (le gouvernement allemand a reconnu et confirmé les concessions de routes, canaux et mines accordées soit par le gouvernement français, soit par les départements ou les communes sur les territoires cédés), les articles 10, 38, 51

annexion par la Grande-Bretagne [1]. En raison d'une particularité du droit anglais les questions relatives à une annexion ne sont pas, en leur qualité d'« Acts of State », justiciables des cours de justice britanniques. C'est donc la pratique seule du Gouvernement qui peut nous éclairer sur le sort des concessions dans le cas de cession territoriale que nous venons de mentionner. Le Rapport de la Commission des Concessions du Transvaal est à ce point de vue d'une grande importance. Nous pouvons conclure de ce Rapport que la pratique du Gouvernement britannique se résume comme suit : l'obligation juridique de reconnaître les concessions octroyées par l'Etat cédant le territoire n'existe pas, mais en fait la reconnaissance de telles concessions a lieu ou bien on dédommage les concessionnaires.

La jurisprudence ne peut nous intéresser que pour autant qu'elle applique le droit international commun et non les dispositions de conventions particulières qui restent décisives pour le tribunal. A ce point de vue, l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale, dans l'affaire *Mavrommatis*, présente un intérêt tout particulier. Voici ce que nous lisons dans cet arrêt [2] :

« Il suffit de constater que si le Protocole XII (du Traité de Lausanne), ne disant rien à l'égard des concessions postérieures au 29 octobre 1914, laisse subsister le principe général de subrogation, on ne saurait affirmer que ce principe rentre dans les obligations internationales visées à l'article 11 du Mandat... L'administration de la Palestine serait tenue de reconnaître

---

du Traité de Berlin de 1878 qui substituaient, en ce qui concerne les concessions, des Etats nouvellement créés à la Turquie, l'art. 14 du Traité de paix d'Athènes du 14 novembre 1913, l'art. 4, § 1, de la Convention de Genève de 1922 concernant la Haute-Silésie, le Protocole XII du Traité de Paix de Lausanne du 24 juillet 1923.

[1] Cf. *Kaeckenbeeck* dans : Académie de Droit international. Recueil des cours, 1937, I (59), p. 349 et ss.

[2] *Publ. C.P.J.I.*, Série A, n° 2, p. 28.

les concessions de Jaffa non en vertu d'un engagement contracté par le Mandataire, mais en vertu d'un principe général du droit international auquel les engagements contractés par le Mandataire n'auraient pas dérogé. »

La reconnaissance des concessions est fondée, d'après l'arrêt que nous venons de citer, non pas sur des dispositions de conventions particulières, mais sur le droit international général. On peut donc admettre que les dispositions conventionnelles dont nous avons donné ci-dessus des exemples ne sont pas des exceptions fondées sur le droit international particulier, mais l'expression d'une règle générale faisant partie du droit des gens général coutumier.

c) Les conditions préalables du respect des droits fondés sur des concessions sont les mêmes que celles que nous avons exposées en traitant les droits privés.

La concession doit en premier lieu être « acquise », c'est-à-dire que le concessionnaire doit être, au moment du changement territorial, en possession d'un droit dont l'existence ne dépendait plus de la discrétion de l'Etat cédant le territoire. La question de savoir si l'acquisition d'une concession est parfaite doit être tranchée conformément au droit en vigueur sur le territoire dont il s'agit au moment du changement de la souveraineté. Si l'acquisition définitive de la concession dépendait encore d'un acte de libre appréciation de l'autorité compétente de l'Etat en question, cette acquisition ne pouvait être considérée comme parfaite et l'Etat acquéreur ne peut être lié par les actes préparatoires qui ont été accomplis par son prédécesseur [1]. D'autre part, si le caractère définitif d'une concession

[1] C'est ainsi que les plénipotentiaires de l'Allemagne ont déclaré lors de la Conférence de Francfort de 1871 que l'Allemagne ne pouvait pas se considérer comme liée par les concessions de chemins de fer d'Audin à Longwy et de Sierck à Mettrich, ces concessions n'étant pas encore ratifiées par le Gouvernement français avant la déclaration de guerre : cf. Protocole No. 9 des conférences de Francfort : *Fontes Juris Gentium*, Série B, I, Tome II, partie 1, No 964.

dépendait d'une formalité non encore accomplie, mais dont l'accomplissement dépendait de la volonté de la personne naturelle ou morale en question, ce droit d'exprimer cette volonté doit être considéré comme liant l'Etat successeur. Il faut donc admettre que l'Etat successeur ne peut être lié par une concession accordée par son prédécesseur que dans les limites qui existaient juridiquement au moment du changement territorial.

d) La reconnaissance des concessions lors des changements territoriaux a des limites. La première de ces limites est celle de l'intérêt public de l'Etat qui acquiert le territoire.

C'est un principe reconnu dans la doctrine ainsi que dans la pratique. Nous ne pouvons exiger de l'Etat acquéreur qu'il respecte sans aucune restriction les concessions octroyées par son prédécesseur. Les intérêts de l'administration publique peuvent se modifier radicalement avec le changement territorial. Pour ne mentionner que quelques exemples, on peut envisager le cas où des chemins de fer exploités par des concessionnaires privés passent, à cause du changement territorial, sous la souveraineté d'un Etat qui a introduit un monopole d'exploitation des chemins de fer. Ou bien la concession peut léser les intérêts économiques essentiels de l'Etat acquérant le territoire parce qu'elle exige l'acquisition de matières premières dans l'Etat qui a cédé le territoire ou bien une collaboration économique étroite avec les entreprises industrielles de cet Etat. Dans ces cas et dans tous les cas analogues on ne peut pas exiger que l'Etat acquéreur d'un territoire soit strictement lié par toutes les clauses d'une concession octroyée par son prédécesseur. Mais on doit souligner que même dans le cas dont il s'agit les concessions survivent au changement territorial, tout en étant exposées, après ce changement, à la possibilité de monopolisation moyennant compensation.

Certains doutes ont été exprimés par rapport aux concessions ayant donné naissance à des obligations « odieuses », par exemple concernant la concession d'une ligne de chemin de fer ayant une importance stratégique et susceptible d'être utilisée contre les intérêts de l'Etat acquéreur. D'une part, on peut citer des cas où l'Etat cessionnaire a refusé de reconnaître les obligations de l'Etat cédant le territoire issues d'une telle concession (le cas de la ligne de chemin de fer de Manille à Dagupan) ; d'autre part, la jurisprudence italienne, au temps du « Risorgimento », a considéré des obligations provenant d'expropriations pour des raisons stratégiques comme liant le gouvernement de l'Etat cessionnaire [1]. Un soin minutieux doit être observé lorsqu'on apprécie le caractère « odieux » de certaines obligations fondées sur des concessions : en règle générale on doit poser le principe que la non-reconnaissance des concessions, en raison de leur caractère « odieux », doit être limitée à des cas tout à fait exceptionnels.

Un groupe spécial est formé par des concessions octroyées *mala fide* : comme exemple de telles concessions on considère celles qui ont été octroyées par l'Etat cédant le territoire au moment où la perte de ce territoire était évidente pour lui. Une vérification de la bonne foi du Gouvernement espagnol octroyant des *concessions sur l'île de Cuba* immédiatement avant la cession de cette île aux Etats-Unis a été entreprise par le Département de la Guerre aux Etats-Unis. Dans ces cas aussi la solution juste de notre problème dépend de l'appréciation individuelle de toutes les particularités du cas donné, mais la ligne directrice doit être toujours celle du respect du droit valablement acquis par la personne en question.

Enfin, la dernière limite posée au principe du respect des concessions octroyées avant le changement territorial est celle

[1] Cf. des arrêts cités par *Mosler, op. cit.*, p. 167.

dictée par l'adage *rebus sic stantibus*. Les conditions économiques qui ont été décisives pour l'octroi d'une concession peuvent se modifier en conséquence du changement de la frontière. On ne peut pas exiger de l'Etat cessionnaire qu'il prenne la place de l'Etat cédant le territoire sans pouvoir changer les conditions de la concession ou même, dans certains cas, sans pouvoir la dénoncer. Les sentences arbitrales des arbitres désignés par le Conseil de la Société des Nations par application de l'art. 320 du Traité de St-Germain et de l'art. 304 du Traité de Trianon pour statuer sur les différends concernant les *chemins de fer Sopron Köszeg, Zeltweg-Wolfsberg et Barcs-Pakrae* nous fournissent des exemples convaincants de la reconnaissance du point de vue que nous venons d'exposer par rapport aux changements économiques provoqués par la liquidation de la monarchie Austro-Hongroise. Voici ce qu'on lit dans un des considérants de la sentence arbitrale du 12 mai 1934 concernant la Société anonyme *Chemins de fer Zeltweg-Wolfsberg et Unterdrauburg-Woellan* (S. d. N., J. O. 1934, p. 1008) :

« Considérant que les dispositions contractuelles sus-rappelées qui régissaient avant la guerre la Société des chemins de fer Zeltweg-Wolfsberg et Unterdrauburg-Woellan ne peuvent être regardées, ainsi que cela résulte de la jurisprudence antérieure, ni comme totalement invalidées par l'effet des changements de souveraineté qui ont affecté les territoires sièges de l'entreprise, ni davantage comme totalement valides et exécutoires dans leur lettre et teneur ; qu'il appartient aux arbitres d'apporter à cette situation contractuelle les modifications que les événements survenus depuis 1918, imprévisibles dans la commune intention des parties à l'origine de la concession, ont rendu nécessaires ; qu'il doit être tenu compte des modifications territoriales stipulées aux traités et de l'amoindrissement de la valeur des chemins de fer en cause, à raison de la diminution de leur utilité, notamment du fait du tracé des frontières et des modifications qui en sont nées dans le courant du trafic ; que les arbitres doivent également tenir compte des conséquences onéreuses de la guerre, de ses suites dans l'ordre économique en Europe centrale, des bouleversements d'ordre

financier et monétaire qui en sont enfin résultés, et des altérations sensibles que ces bouleversements eux-mêmes ont apportées à la capacité de paiement de l'Autriche et des Etats successeurs de la double monarchie,... »

C'est ainsi que les modifications de la base économique et financière d'une concession survenues à cause d'un changement territorial doivent être prises en considération lors de la solution du problème de son existence continue intégrale ou modifiée.

Mais en admettant que le principe du respect des concessions malgré le changement territorial a ses limites, nous devons souligner que la règle formulée ci-dessus, la règle du dédommagement des étrangers lésés par l'inobservance des droits des concessionnaires, reste inébranlable. Les étrangers victimes d'une telle inobservance ont droit à l'indemnité. S'ils ne sont pas dédommagés, l'Etat dont ils sont ressortissants peut exercer sa protection envers les personnes en question, ce droit de protection étant ancré dans le droit des gens.

e) La question se pose encore, quand nous parlons des droits protégés des concessionnaires, de savoir si seules les personnes qui ont acquis les droits dont la protection est exigée ont droit à une telle protection ou si cette protection doit embrasser les personnes auxquelles les droits acquis ont été cédés, par voie de contrats ou de succession légale ou testamentaire. Pour autant qu'il s'agit de droits privés susceptibles d'être transférés, on doit admettre que la cession de droits doit être reconnue et que, partant, les acquéreurs de droits en question peuvent être protégés comme tels. Les concessions sont par contre le plus souvent liées à une personne déterminée et la cession des droits de concessionnaires ne sera donc pas admise. La solution de la question envisagée par nous dépendra donc quant aux concessions des circonstances individuelles de chaque cas particulier.

X.

Nous avons établi qu'en droit *positif* les seules limites posées à l'omnipotence de l'Etat cessionnaire en ce qui concerne les droits « acquis » sont celles qui figurent dans la condition juridique des étrangers garantie par le droit international coutumier.

Cette thèse n'est pas partagée par tous les membres de la Commission. Ses adversaires ont souligné que quoique la protection diplomatique ne soit accessible qu'à des ressortissants étrangers, la reconnaissance des droits de l'homme doit avoir pour conséquence la protection des droits acquis par des personnes faisant partie de la population atteinte par le changement territorial et ayant acquis la nationalité de l'Etat acquéreur du territoire. Sans entrer dans la discussion de cette thèse *de lege lata* nous pourrons, semble-t-il, poser *de lege ferenda* les principes suivants :

L'Etat acquérant le territoire doit protéger les droits privés et les droits patrimoniaux mixtes de toutes les personnes ayant acquis ces droits conformément à la législation en vigueur dans le territoire cédé, sans qu'une distinction entre les étrangers et les ressortissants de l'Etat en question soit faite [1]. Cette protection ne doit pas empêcher les réformes législatives, pourvu que le législateur choisisse les dispositions transitoires les plus appropriées à protéger les droits acquis des personnes frappées par le changement territorial. Elle ne doit pas rendre inaltérable tout droit mixte fondé sur un

[1] Le projet de Résolutions élaboré par M. Cavaglieri (*Annuaire de l'Institut*, Session de Paris, 1934, p. 478) contenait la disposition suivante (§ 2, alinéa 3) : « Il est désirable qu'il (l'Etat annexant ou nouveau) accorde le même traitement (qu'aux étrangers) à ses nouveaux ressortissants. »

contrat individuel, mais elle doit réduire au *minimum* possible les modifications d'un tel droit acquis appuyées sur des considérations d'ordre public et sur l'adage *rebus sic stantibus*. Surtout nous devons souligner que toute suppression ou toute modification d'un droit acquis ayant pour conséquence un dommage causé à la personne en question doit être indemnisé d'une manière équitable et efficace.

XI.

Nous avons esquissé les principes fondamentaux des effets des changements territoriaux sur les droits des particuliers, les principes appartenant au droit international positif et à nos suggestions *de lege ferenda*. L'application de ces principes à des cas individuels exige leur adaptation aux particularités de chaque cas. Il est impossible de prévoir toutes ces particularités. Mais pour les cas où l'Etat antécesseur ne disparaît pas complètement, on doit souligner l'opportunité de l'élaboration de conventions spéciales ayant pour but de régler les questions les plus susceptibles de provoquer des divergences d'opinions sur le sort des droits des particuliers lors de changements territoriaux. L'exemple des dispositions de la Convention de Genève sur la Haute-Silésie concernant la protection des droits acquis est un exemple convaincant d'une convention qui a donné une base solide pour la solution de questions juridiques susceptibles de surgir dans l'atmosphère politique très tendue qui régnait immédiatement après le partage de la Haute-Silésie, d'une convention qui a contribué, partant, à l'élimination de graves conflits juridiques.

Mais la réglementation sous tous leurs aspects des questions juridiques liées aux problèmes des droits acquis ne sera pas une mesure assez efficace pour éviter des divergences d'inter-

prétation si nous n'établissons pas une voie judiciaire pour résoudre des conflits. C'est pour cela que l'exposé préliminaire du rapporteur n'a pas seulement souligné l'opportunité d'élaborer des conventions spéciales ayant pour but de régler les questions les plus susceptibles de provoquer des divergences d'opinions sur le sort des droits des particuliers lors de changements territoriaux, mais aussi d'y insérer des clauses compromissoires permettant de soumettre toutes les contestations relatives à ces droits à un tribunal arbitral, soit spécial, établi par la convention, soit général.

La plupart des membres de la Commission qui ont fait parvenir leur réponse au questionnaire annexé à l'exposé préliminaire ont partagé l'avis du rapporteur [1].

M. Guggenheim est allé plus loin que la formule générale proposée par le rapporteur. D'après lui on pourrait envisager deux voies judiciaires : la Cour internationale de Justice de La Haye pour les litiges entre les signataires des traités ou conventions respectifs d'une part, et les tribunaux arbitraux sur le modèle des tribunaux arbitraux mixtes et du Tribunal arbitral de la Haute-Silésie pour les différends entre individus et Etats, c'est-à-dire des tribunaux accessibles aux particuliers, d'autre part. On pourrait, d'après M. Guggenheim, également prévoir le droit d'évocation des tribunaux nationaux aux tribunaux internationaux lorsqu'une question du droit des gens, coutumier ou conventionnel, se pose. Le rapporteur pense qu'il est désirable de se limiter à la mention des tribunaux arbitraux accessibles aux particuliers, sans prévoir spécialement le droit d'évocation. Ce droit d'évocation n'existait jusqu'à présent que dans des cas exceptionnels : il fut, par exemple, admis dans la Convention de Genève sur la Haute-Silésie (art. 588),

---

[1] Ce sont Badawi Pacha, MM. Calonder, Guggenheim et Kaeckenbeeck.

mais dans la pratique on n'a appliqué que rarement la disposition de la convention en question [1]. On devrait éviter de généraliser dans le rapport de notre Commission des institutions juridiques qui n'ont été appliquées que dans des cas exceptionnels et dans des situations individuelles.

---

[1] Cf. *Kaeckenbeeck*, The International Experiment of Upper Silesia, 1942, p. 489 et s.

B.

Projet de Résolutions

En invoquant la Déclaration des droits internationaux de l'homme votée par l'Institut au cours de sa XXXVI^e^ session à New-York (1929);

en rappelant les travaux de sa Commission sur les effets juridiques des changements de souveraineté territoriale constituée à la même session;

en s'inspirant de la Déclaration adoptée par l'Institut au cours de sa XLII^e^ session à Lausanne sur les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du Droit international (1947);

l'Institut de Droit international adopte les Résolutions suivantes sur les changements territoriaux et leurs effets sur les droits des particuliers :

1. Les règles exposées ci-dessous se rapportent à toutes les espèces de changements territoriaux, pourvu que ces changements soient reconnus par les Etats invoquant l'application de ces règles.

2. Les particuliers des droits desquels il s'agit peuvent être des personnes physiques ou des entités juridiques douées ou non douées de la qualité de personnes morales. Pour autant qu'il s'agit des droits de personnes physiques leur engagement dans des personnes morales n'exclut pas l'exercice de la protection diplomatique à l'égard de leurs droits.

3. Les droits des particuliers qui peuvent être influencés par les changements territoriaux sont ou bien des droits dérivant des obligations internationales des Etats participant à ces changements, ou bien des droits basés sur des dispositions du droit interne en vigueur dans le territoire qui a changé de souverain avant ce changement ou sur des actes administratifs y effectués.

4. Les droits des particuliers dérivant des obligations internationales des Etats sont : celui à l'acquisition de la nationalité de l'Etat successeur selon les conditions établies par celui-ci, et le droit à la conservation de l'établissement dans le territoire cédé à condition d'avoir acquis la nationalité de l'Etat successeur et réserve faite de l'ordre public, ces conditions ne devant pas aboutir néanmoins à des situations juridiques incompatibles avec les principes énoncés dans les Déclarations des droits de l'homme. Dans le cas où l'Etat cédant le territoire continue d'exister, à l'individu qui change par suite du changement territorial sa nationalité doit être accordé le droit d'opter pour la nationalité de l'Etat antécesseur dans les conditions établies par voie des arrangements entre les Etats intéressés.

5. Les droits des particuliers basés sur des dispositions législatives ou sur des actes administratifs de l'Etat cédant le territoire sont soumis après le changement territorial au droit de l'Etat acquéreur du territoire, mais le droit international pose à cet Etat pour certaines catégories de ces droits des restrictions exposées dans les articles qui suivent.

6. Les droits publics basés sur le droit interne de l'Etat qui a cédé le territoire et acquis avant le changement territorial ne sont pas protégés en droit international coutumier. Il est néanmoins désirable que certains droits qui ont trouvé une réglementation conventionnelle dans quelques cas de changements territoriaux, comme les droits à la retraite des fonctionnaires et les droits basés sur l'assistance sociale, trouvent protection dans un esprit d'équité.

7. Par rapport aux droits privés les règles suivantes doivent être observées :

a) Les droits à la reconnaissance d'une condition juridique créée par un acte juridique valable avant le changement territorial survivent à ce changement.

b) Les droits basés sur des rapports juridiques qui continuent à produire des effets après leur création sont saisis par l'ordre juridique établi après le changement territorial, mais jusqu'à transformation respective de cet ordre juridique ils continuent d'exister, quoique sur une base juridique formellement nouvelle, pourvu que l'acquisition de ces droits ait eu lieu avant le changement territorial en vigueur dans le territoire cédé.

c) Les droits acquis conformément à la législation en vigueur avant le changement territorial ne peuvent empêcher des modifications de cette législation portant atteinte à ces droits, pour autant que des dispositions conventionnelles n'établissent pas de restrictions de ce principe. Mais le traitement en droit international coutumier des étrangers qui leur garantit un certain niveau de situation juridique correspondant à la conduite commune de tous les Etats civilisés et un dédommagement équitable en cas d'infraction de ce niveau, le traitement sanctionné par l'exercice du droit de la protection diplomatique, doit être appliqué également aux personnes devenant par suite du changement territorial ressortissant de l'Etat acquéreur.

8. Par rapport aux droits mixtes, surtout aux concessions résultant d'un acte individuel, les règles suivantes doivent être observées :

a) Les concessions octroyant certaines prérogatives de puissance publique ne lient pas l'Etat cessionnaire ; mais si dans une concession les éléments de pouvoir politique et de droits patrimoniaux peuvent être séparés, les droits patrimoniaux doivent être protégés comme tels.

b) Les concessions octroyant l'exercice de certaines fonctions dans l'intérêt public et les droits patrimoniaux résultant

de telles concessions doivent être respectés lors d'un changement territorial, sauf les restrictions suivantes :

Peuvent n'être pas respectées les concessions suivantes :

aa) celles susceptibles de nuire à l'intérêt public de l'Etat acquéreur ;

bb) celles ne répondant plus aux conditions économiques qui étaient décisives pour leur octroi.

Les modifications d'un droit basé sur une concession pour les motifs susmentionnés doivent être réduites au *minimum* possible.

c) Les concessions qui établissent des obligations « odieuses » pour l'Etat acquéreur ou qui furent octroyées *mala fide* peuvent trouver un traitement individuel, mais en principe la non-reconnaissance de telles concessions doit être limitée à des cas tout à fait exceptionnels.

d) Comme condition préalable de la survivance d'une concession doit être considérée son acquisition faite avant le changement territorial et en conformité du droit en vigueur au moment de son octroi.

e) Pour autant qu'une concession n'est pas respectée, le concessionnaire doit être équitablement dédommagé.

9. Pour autant que l'appartenance d'un droit à la catégorie des droits publics, droits privés ou droits mixtes a des effets juridiques lors d'un changement territorial, la qualification de ce droit doit être jugée selon la loi conformément à laquelle il a été constitué.

10. Pour le cas où l'Etat antécesseur ne disparaît pas complètement, il est opportun d'élaborer des conventions spéciales ayant pour but de régler les questions les plus susceptibles de provoquer des divergences d'opinion sur le sort des droits des particuliers lors de changements territoriaux. Il

est désirable d'insérer dans ces conventions des clauses compromissoires permettant de soumettre toutes les contestations relatives à ces droits à un tribunal arbitral, soit spécial, établi par la convention, soit général, et de déclarer ces tribunaux accessibles aux particuliers.

ANNEXES

Questionnaire
adressé aux membres de la Commission le 19 juillet 1949

1. Le rapport doit-il envisager seuls les changements territoriaux reconnus par tous les membres de la communauté internationale ou bien doit-il aussi prendre en considération les annexions non reconnues par un certain nombre de ces membres ?

2. L'appartenance des droits acquis à l'une des branches existantes du droit (droits publics, droits privés, droits mixtes) doit-elle être jugée d'après la méthode comparative ?

3. Doit-on inclure dans le rapport le traitement des droits publics formant une répercussion des obligations des Etats lors des changements territoriaux, des obligations établies par le droit des gens coutumier ? Doit-on reconnaître qu'à cette catégorie de droits appartiennent le droit à la nationalité et le droit de conserver son ancien établissement ? Doit-on reconnaître que ces droits doivent être protégés sans aucune restriction ?

4. Doit-on émettre le vœu que certains des autres droits publics acquis conformément à la législation de l'Etat cédant le territoire, quoique non protégés d'après le droit international coutumier, trouvent protection par voie de convention entre cet Etat et l'Etat acquéreur ?

5. La distinction des droits privés acquis par les ressortissants de l'Etat en question et par les étrangers doit-elle être proclamée et doit-on admettre que les étrangers seuls ont droit à une indemnisation lors de la privation de leurs droits, mais qu'il est désirable que l'Etat acquéreur choisisse les

dispositions transitoires les plus propres à garantir aux ressortissants de l'Etat en question la protection de leurs droits acquis ?

6. Est-il désirable de souligner l'opportunité de l'élaboration de conventions spéciales ayant pour but de régler les questions les plus susceptibles de provoquer des divergences d'opinions sur le sort des droits des particuliers lors de changements territoriaux et d'y insérer des clauses compromissoires permettant de soumettre toutes les contestations relatives à ces droits à un tribunal arbitral ?

Réponses des membres de la Commission au questionnaire du 19 juillet 1949

1. Réponse de A. Badawi Pacha

Le Caire, le 17 octobre 1949

Mon cher Confrère,

Je m'excuse d'avoir mis tant de retard à répondre à votre lettre du 19 juillet 1949, qui ne m'est parvenue en Egypte que vers fin août.

Voici mes réponses au questionnaire si lumineusement éclairé par votre excellent rapport préliminaire :

1) Dans l'étude du problème des changements territoriaux et de leurs effets sur les droits des particuliers, la reconnaissance de ces changements devrait être considérée comme un postulat du problème. En dédoublant celui-ci de la non-reconnaissance totale ou partielle, on le compliquera inutilement, car la non-reconnaissance reste en dehors des éléments intrinsèques du problème et n'influe que sur le caractère *de jure* ou *de facto* absolu ou relatif des solutions à proposer.

2) Je n'estime pas d'importance fondamentale la division des droits acquis suivant leur appartenance à l'une des branches du droit public ou privé ou suivant leur caractère mixte. Dans tous les cas les droits acquis qui peuvent nous intéresser sont par hypothèse des droits patrimoniaux. Il peut être intéressant de connaître la source de l'appartenance de ces droits pour déterminer la nature de l'acte destiné à les supprimer ou à les modifier. Mais dans la mesure où ces droits ne sont pas des droits politiques et où ils ne sont pas contraires à l'ordre public de l'Etat successeur, respect leur est dû indépendamment de leur source.

Il va sans dire que les droits purement publics sont entièrement soumis à la liberté législative du nouveau souverain et n'impliquent aucune notion de droit acquis.

Par contre, pour les droits purement privés sans rapport avec l'Etat, l'application du principe du respect des droits acquis est effectuée par le mécanisme des règles du droit international privé telles que les appliquent les tribunaux nationaux.

Mais lorsque l'Etat est impliqué dans le rapport juridique, un certain caractère public se mêle au caractère privé dudit rapport, d'où discussions et controverse.

3) Je ne suis pas d'avis d'inclure dans le rapport le traitement des droits publics formant une répercussion des obligations des Etats lors des changements territoriaux, des obligations établies par le droit des gens coutumier.

Ces obligations ont un caractère général, et sont constituées par le droit des gens coutumier comme une charge de l'annexion au profit de l'ensemble de la population du territoire, et non de certaines catégories de personnes.

Par contre, la notion de droit acquis des particuliers suppose essentiellement des droits particuliers, résultant d'un contrat ou d'un autre acte, qui n'appartiennent qu'à des personnes qui se trouvent dans des situations légales déterminées.

Point n'est besoin, afin d'assurer à toute personne qui opterait de résider dans le territoire dont le statut international vient à changer, le droit sans aucune restriction à la nationalité ou à l'établissement dans ledit territoire, de rattacher ce droit à la notion du droit acquis, parce que le respect de ces derniers droits lorsqu'ils ont un caractère public ou politique est moins certain.

Les droits à la nationalité ou au domicile sont du domaine du statut personnel et n'ont rien de commun avec les autres droits publics acquis conformément à la législation de l'Etat cédant le territoire, comme le droit à la pension, aux assurances sociales, etc. Ces derniers sont des droits patrimoniaux qui ne diffèrent pas par leur nature des droits privés que des particuliers peuvent posséder les uns envers les autres en vertu de dispositions contractuelles ou autres.

4) Le rapport préliminaire affirme que les autres droits publics ne sont pas protégés en droit international coutumier.

D'autre part, en ce qui concerne les droits privés visés par la question N° 5 et sous réserve de la distinction des droits acquis par les étrangers et de ceux acquis par les ressortissants de l'Etat cédant, le rapport déclare qu'il est généralement admis que l'Etat acquéreur n'est pas obligé de maintenir les dispositions législatives qui formaient la base juridique de certains droits acquis par des particuliers et qu'il peut établir des règles transitoires modifiant ces droits.

L'une et l'autre des deux affirmations me semblent un peu trop catégoriques.

En effet, le principe du respect du droit acquis est reconnu par le droit international, ainsi que l'a proclamé la jurisprudence de la C.P.J.I. Certes, ce respect n'implique pas la négation ou la contestation de la liberté de l'Etat cessionnaire de modifier les dispositions juridiques formant la base des droits acquis avant la cession. Mais la modification de ces dispositions, à elle seule, ne porte pas atteinte à ces droits, car la loi ne dispose

que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif. La violation des droits acquis ne se produit donc que par la volonté directe et expressément déclarée de l'autorité législative de l'Etat cessionnaire, la non rétroactivité n'étant qu'une règle de politique législative et non un commandement constitutionnel.

Cette autorité serait, d'après le droit international coutumier, libre de supprimer ou de modifier ces droits si bon lui semble. Son droit de sauvegarder son ordre public est certain, mais cette sauvegarde ne l'investit pas d'un droit absolu de décréter la suppression ou la modification de ces droits acquis qui ne serait pas justifiée par un caractère d'ordre public. Même justifiée, cette suppression ou modification n'exclut pas toujours l'obligation de compenser.

Cette obligation est reconnue lorsque la victime est un étranger, en vertu du principe de la protection diplomatique, et à mon avis devrait l'être même en ce qui concerne les ressortissants ainsi qu'il résulte de ma réponse à la question suivante N° 5.

Toujours est-il qu'il est désirable qu'une convention entre l'Etat cédant et l'Etat cessionnaire précise la règle et en établisse les conditions et modalités.

5) A mon avis, la distinction entre les droits acquis par les étrangers et ceux acquis par les ressortissants de l'Etat cédant ne repose pas sur une règle de fond. Il n'y a, en effet, aucune raison pour que le droit ou l'équité en cette matière soit divisible, ou en d'autres termes, qu'ils soient différents suivant qu'ils règlent le cas d'un étranger ou d'un ressortissant.

La reconnaissance du principe de la protection diplomatique des étrangers a pu expliquer pareille distinction, sans toutefois la justifier. Ce principe du reste n'explique la distinction que pour le passé, mais non pour le présent ou pour l'avenir : les droits de l'homme seraient internationalement reconnus.

Il est évident qu'un droit acquis suivant la législation de

l'Etat cédant est une affaire de droit interne avant la cession, mais la cession ou l'annexion, qui est un fait international, tend à en faire une question de droit international.

6) Le règlement par conventions spéciales des questions touchant les droits des particuliers est évidemment désirable, ne fût-ce que pour discuter et préciser pour l'avenir immédiat la portée des règles que l'Etat acquéreur envisagerait d'introduire comme règles d'ordre public et qui seraient susceptibles de modifier les droits des particuliers acquis suivant l'ordre juridique de l'Etat cédant.

D'autre part, la recommandation d'insérer des clauses compromissoires permettant de soumettre toutes les contestations relatives à ces droits à un tribunal arbitral, aura plus de valeur et d'efficacité si on parvient à établir que le droit international coutumier assure déjà une certaine protection et que le développement progressif de ce droit tend à une plus grande protection.

Remarque générale : Les Résolutions primitives de 1931 ont été sérieusement modifiées en 1934. Les Résolutions modifiées vont plus loin que le rapport actuel [1].

Veuillez agréer, mon cher Confrère, avec mes salutations les plus cordiales, l'assurance de mes sentiments les plus distingués.

A. Badawi

2. Réponse de M. Felix Calonder

Zurich, le 20 septembre 1949

Cher et honoré Confrère,

Je vous remercie vivement de votre très intéressant exposé préliminaire.

---

[1] Remarque du rapporteur : Il s'agit de projets de Résolutions élaborés par M. Cavaglieri.

Bien que la rédaction de notre thèse n'exclue pas d'une manière absolue une interprétation contraire, je pense que notre Commission n'a pas à examiner et établir les normes de droit international qui régissent la validité ou la non-validité des changements territoriaux, puisque tout le poids est mis sur les droits des particuliers.

Quant à votre questionnaire, je me permets d'y répondre par les observations suivantes :

1. Il est naturel d'envisager, aux fins de notre tâche, comme cas normal le changement territorial reconnu par tous les Etats. Mais les mêmes règles que nous acceptons concernant les droits des particuliers là où il y a reconnaissance unanime, sont aussi applicables à des changements qui ne sont reconnus que par certains membres de la communauté internationale. Dans ces cas, l'application des normes concernant les droits des particuliers est restreinte à la sphère des Etats reconnaissant le changement territorial. Les Etats qui refusent de reconnaître tel changement territorial peuvent, en ce qui les concerne, aussi refuser de reconnaître les droits des particuliers basés sur ce changement ou les admettre sous certaines réserves. Du reste, il faut aussi prendre en considération que, dans la pratique des Etats, souvent la reconnaissance a lieu seulement assez longtemps après l'annexion.

2 et 3. Il sera nécessaire d'examiner chacune des diverses catégories de ces droits. Il s'agit surtout de définir et protéger les droits d'un contenu patrimonial.

Le droit à la nationalité et le droit au domicile, sauf les restrictions et les exceptions fondées sur l'ordre public de l'Etat successeur, devraient être reconnus, surtout lorsque l'Etat antécesseur a été complètement absorbé.

4. Je ne vois pas de raison pour s'opposer au vœu que certains droits, quoique non protégés par le droit international

coutumier actuel, trouvent, *de lege ferenda*, protection dans un esprit d'équité et pacificateur, et cela même à défaut d'une convention.

5. La distinction entre les droits privés (acquis) des étrangers et ceux des ressortissants de l'Etat antécesseur est justifiée sous la prémisse que les ressortissants de l'Etat antécesseur acquièrent la nationalité de l'Etat successeur. Dans le cas contraire, ces derniers devraient aussi être traités comme étrangers. J'appuie le vœu que l'Etat successeur prenne des dispositions transitoires propres à garantir aux ressortissants de l'Etat antécesseur, devenus ressortissants de l'Etat acquéreur, la protection de leurs droits (acquis), mais je voudrais laisser ouverte la question de savoir si l'Etat acquéreur n'est pas tenu, en droit international, d'accorder un minimum de protection.

6. Je suis d'avis que nous devons fixer les normes régissant les droits des particuliers pour tous les cas, même s'il n'y a pas de convention, par exemple quand l'Etat antécesseur disparaît complètement. Ceci dit, je suis tout à fait d'accord avec les suggestions proposées.

Veuillez agréer, cher et honoré Confrère, les assurances de mes sentiments bien dévoués.

Felix Calonder

3. Réponse de M. Paul Guggenheim

Genève, le 3 septembre 1949

Mon cher Confrère,

Je vous remercie vivement de votre lettre du 19 juillet dernier, que j'ai lue avec le plus vif intérêt ainsi que votre remarquable exposé préliminaire sur les changements territoriaux et leurs effets sur les droits des particuliers. Quant à votre questionnaire, je me permets d'y répondre de la manière suivante :

1. Contrairement à l'opinion exprimée dans votre exposé, je pense qu'il serait souhaitable de prendre également en considération les annexions non reconnues. Les problèmes suscités par cet aspect de la question sont nombreux. A toutes fins utiles, je me permets de vous signaler que les derniers volumes du Digest annuel de notre confrère, le professeur Lauterpacht, contiennent un certain nombre de décisions judiciaires internes qui s'occupent de ce problème.

La question des annexions non reconnues a une importance particulière pour les Etats tiers et se trouve en rapport très étroit, non seulement avec la question de la succession d'Etat à Etat, mais aussi avec la validité et la nullité des actes juridiques internationaux, ainsi qu'avec l'occupation en temps de paix et en temps de guerre.

2-3. Je me demande si l'on fait bien d'examiner le problème de la protection des droits de l'individu sous l'aspect traditionnel des droits acquis. Je sais bien que je l'ai également présenté de cette manière dans mon récent manuel de droit international public (voir T. I p. 301). Mais depuis quelque temps, j'ai des doutes. L'étude ne gagnerait-elle pas en profondeur et en ampleur en partant de catégories plus concrètes comme par exemple des droits patrimoniaux (réels et non réels), droits de concession, droits au domicile, droits à la nationalité, c'est-à-dire en étudiant chacun des domaines qui jouent un rôle dans la *pratique* de la succession d'Etat à Etat ? Je pense d'ailleurs qu'on ferait bien de se limiter pour le moment aux droits patrimoniaux qui sont le noyau de la doctrine traditionnelle de la succession d'Etat à Etat, en ce qui concerne la situation de l'individu. Les questions concernant le domicile et la nationalité sont en relation étroite avec le problème de l'option, qui n'a pas un fondement coutumier comme c'est certainement le cas pour les droits patrimoniaux.

Les notions « droits publics », « droits privés », « droits mixtes », ne sont pas des catégories du droit des gens ; elles trouvent leur définition et leur qualification dans le droit interne étatique. La méthode comparative ne donne à cet égard que des résultats médiocres parce que les ordres juridiques accordent souvent une protection identique ou analogue aux droits concrets (comme par exemple au droit à la propriété immobilière, à l'octroi d'une concession créant un monopole d'usage) sans qu'il soit possible de s'entendre sur la qualification « droit public », « droit privé ». Chaque ordre juridique étatique trace la délimitation d'une autre manière sans qu'il soit possible d'arriver à une entente permanente dans le cadre d'une législation nationale et de la science juridique d'un pays.

Le droit des gens ne connaît pas la distinction entre droit public et droit privé. Il l'applique lorsque, par exemple, une convention internationale en fait mention. Mais alors il s'agit d'une interprétation dudit traité. Dans ce cas une comparaison entre les législations des deux Etats contractants peut être du plus haut intérêt, en ce qui concerne l'application de ladite convention.

4. Je suis d'accord avec vous qu'il serait souhaitable que le droit à la nationalité et au domicile trouve protection par voie de convention entre l'Etat antécesseur (s'il continue à exister) et l'Etat successeur. Comme je l'ai dit sous N° 2 et 3, je ne suis pourtant pas sûr si ces questions doivent être examinées simultanément avec celles qui concernent les droits patrimoniaux.

5. Je suis d'accord avec la distinction que vous faites entre ressortissants de l'Etat successeur et étrangers. Toutefois je pense qu'un certain minimum de protection des droits patrimoniaux des nationaux est également admis par le droit coutumier, à condition que l'ordre de l'Etat successeur admette

aussi cette catégorie de droits. Voir à ce sujet la récente Déclaration des droits de l'homme de l'Assemblée des Nations Unies de 1948 ainsi que la déclaration de l'Institut acceptée à la session de New-York en 1929.

6. Entièrement d'accord. Deux voies de droit pourraient être envisagées : la Cour de Justice de La Haye pour les litiges entre les signataires des traités ; des tribunaux sur le modèle des Tribunaux arbitraux mixtes et du Tribunal arbitral de Haute-Silésie pour les différends entre individus et Etats. On pourrait également prévoir le droit d'évocation des tribunaux nationaux aux tribunaux internationaux lorsqu'une question du droit des gens, coutumier ou conventionnel, se pose (voir Kaeckenbeeck, International Experiment of Upper Silesia, p. 485 et ss.).

Veuillez croire, mon cher Confrère, à l'expression de mes sentiments bien dévoués.

Paul Guggenheim

4. Réponse de M. Georges Kaeckenbeeck

Düsseldorf, le 21 novembre 1949

Mon cher Confrère,

... Je n'ai pu répondre que brièvement à vos questions, mais c'est sans doute la manière la plus utile. Pour tous développements, je voudrais vous renvoyer surtout à mon cours à l'Académie de Droit International sur la Protection internationale des droits acquis (Recueil 1937) et à mon gros ouvrage The International Experiment of Upper Silesia (Oxford 1942). Mon petit volume sur les Conséquences de remaniements territoriaux (Zurich 1940) pose les problèmes essentiels...

Veuillez croire, mon cher Confrère, à mes sentiments les meilleurs.

G. Kaeckenbeeck

Annexe.

Annexe à la lettre de M. Georges Kaeckenbeeck

Première question : Le rapport doit-il envisager seuls les changements territoriaux reconnus par tous les membres de la communauté internationale ou bien doit-il aussi prendre en considération les annexions non reconnues par un certain nombre de ces membres ?

Réponse : A mon avis, le rapport devrait envisager tous les changements territoriaux, qu'ils soient ou non reconnus par tous les membres de la communauté internationale. En réalité, ce sont les annexions non reconnues par un certain nombre d'Etats qui comportent généralement les plus graves dangers pour les droits individuels de la population et des étrangers.

Il serait plus dangereux de faire dépendre de la reconnaissance unanime d'une annexion la permanence ou la protection des droits individuels vis-à-vis de l'annexant. En fait, des droits qui doivent être indépendants d'un changement de souveraineté doivent l'être également de la reconnaissance ou de la non-reconnaissance par certains Etats d'un tel changement.

Deuxième question : L'appartenance des droits acquis à l'une des branches existantes du droit (droits publics, droits privés, droits mixtes) doit-elle être jugée d'après la méthode comparative ?

Réponse : L'appartenance des droits acquis à l'une ou l'autre des catégories (public, privé ou mixte) est, somme toute, une question de qualification. Il semble en *général* que la qualification d'un droit acquis doive être plutôt jugée selon la loi conformément à laquelle ce droit a été constitué. Si, par exemple, conformément à cette loi, la qualification de droit public est claire, le fait que dans d'autres systèmes la qualification serait

différente resterait sans pertinence pour décider si le droit doit ou non être maintenu. En effet, si l'on part de la notion de droit acquis, on admet la prédominance de la loi qui a présidé à la naissance du droit en question (du moins pour autant qu'il s'agit de déterminer le contenu ou la qualification de ce droit).

La méthode comparative ne pourrait guère être utile que pour aider à créer une certaine jurisprudence ou des critères susceptibles d'être introduits par voie conventionnelle ou encore dans des cas où la qualification selon le droit d'origine est très douteuse.

Troisième question : Doit-on inclure dans le rapport le traitement des droits publics formant une répercussion des obligations des Etats lors des changements territoriaux, des obligations établies par le droit des gens coutumier ? Doit-on reconnaître qu'à cette catégorie de droits appartiennent le droit à la nationalité et le droit de conserver son ancien établissement? Doit-on reconnaître que ces droits doivent être protégés sans aucune restriction ?

Réponse : Oui.

On ne peut toutefois pas dire que le droit à la nationalité, et surtout que le droit de conserver son ancien établissement, doivent être protégés sans aucune restriction. La matière est extrêmement complexe. Les changements de nationalité et l'option devraient en général faire l'objet d'un règlement conventionnel. Le droit de conserver son domicile peut être subordonné au fait de ne pas abandonner volontairement la nationalité du pays où se trouve ce domicile (voir mon arbitrage de Vienne du 10 juillet 1924, Recueil des Sentences Arbitrales publié par les Nations Unies, Vol. 1, p. 426 sq.).

Sur le changement de nationalité, voir le chapitre 2 de mon volume sur le Règlement conventionnel des conséquences de remaniements territoriaux, 1940, Ed. Polygraphiques à Zurich.

Quatrième question : Doit-on émettre le vœu que certains des autres droits publics acquis conformément à la législation de l'Etat cédant le territoire, quoique non protégés d'après le droit international coutumier, trouvent protection par voie de convention entre cet Etat et l'Etat acquéreur ?

Réponse : Oui.

Il est extrêmement important que des questions telles que les assurances sociales et les pensions soient réglées conventionnellement. L'expérience faite en Haute-Silésie est à cet égard très instructive. Elle est étudiée dans mon ouvrage : The International Experiment of Upper Silesia, Oxford University Press 1942, p. 82 sq. et p. 391 sq.

Cinquième question : La distinction des droits privés acquis par les ressortissants de l'Etat en question et par les étrangers doit-elle être proclamée et doit-on admettre que les étrangers seuls ont droit à une indemnisation lors de la privation de leurs droits, mais qu'il est désirable que l'Etat acquéreur choisisse les dispositions transitoires les plus propres à garantir aux ressortissants de l'Etat en question la protection de leurs droits acquis ?

Réponse : Il n'y a pas lieu de distinguer entre droits privés acquis par les ressortissants de l'Etat en question et droits privés acquis par des étrangers, en ce qui concerne la permanence de ces droits ou la détermination de leur contenu ou de leur qualification. Mais il peut y avoir lieu de faire une telle distinction en ce qui concerne la procédure de protection. En effet la protection diplomatique n'est accessible qu'à des ressortissants étrangers.

Il est certes désirable que l'Etat acquéreur choisisse les dispositions transitoires les plus propres au maintien des situations légalement acquises.

Il y a lieu de se demander s'il n'y a pas, dans certaines limites, un droit de l'Etat cédant et de la communauté internationale à exiger que l'Etat acquéreur s'abstienne au moins pendant un certain temps de mesures législatives par trop perturbatrices des situations acquises par la population et les étrangers.

Sixième question : Est-il désirable de souligner l'opportunité de l'élaboration de conventions spéciales ayant pour but de régler les questions les plus susceptibles de provoquer des divergences d'opinions sur le sort des droits des particuliers lors de changements territoriaux et d'y insérer des clauses compromissoires permettant de soumettre toutes les contestations relatives à ces droits à un tribunal arbitral ?

Réponse : Oui.

5. Réponse de M. Rudolf Laun

Hambourg, le 27 octobre 1949

Mon cher Confrère,

En vous remerciant de votre lettre du 19 juillet j'ai l'honneur de répondre à votre questionnaire. Veuillez bien excuser le retard de cette réponse. Mais j'ai été malade...

Voici mes réponses :

1. Le rapport doit se borner aux changements territoriaux reconnus par tous les membres de la communauté internationale. A mon avis, le problème de la reconnaissance des annexions en général mène à des questions fondamentales qui devraient être l'objet d'études spéciales.

2. Je crois que la méthode comparative doit être préférée si elle est inspirée de l'intention de constater ce qu'on appelle la « conscience publique » ou de chercher un des « principes

généraux de droit reconnus par les nations civilisées », c'est-à-dire, à mon avis, d'explorer le vrai sentiment de justice des peuples eux-mêmes, qui ne coïncide pas toujours avec les décisions des gouvernants ou des parlements (cf. sur ce dernier point de vue par exemple mes travaux : Die allgemeinen Rechtsgrundsätze (Les principes généraux du droit) dans : Beiträge zur Kultur- und Rechtsphilosophie, ouvrage dédié à Gustav Radbruch, Heidelberg 1948 ; Stare Decisis, The significance of Anglo-Saxon Case Law, 2e édition, Hambourg, Otto Meissner éditeur, 1947 ; Der dauernde Friede (La paix durable), Discours Rectoral du 6 novembre 1947, Hambourg, Otto Meissner éditeur, 1947).

Si, au contraire, la méthode comparée se bornait à une addition de différents actes gouvernementaux ou parlementaires qui sont souvent plutôt l'expression d'intérêts politiques unilatéraux que de l'idée de justice impartiale résidant dans les cœurs des peuples, je crois qu'il serait préférable d'établir, dans le cas de la question 2, la règle suivant laquelle l'appartenance d'un certain droit à la branche des droits publics ou des droits privés doit être jugée d'après le droit en vigueur dans le territoire en question avant le changement de la souveraineté territoriale. Car, à mon avis, en cas de doute, le droit en vigueur jusqu'à présent dans un certain territoire reste en vigueur jusqu'à ce qu'il soit modifié par une nouvelle loi.

3. Oui, en ce qui concerne les trois questions.

4. Oui. Mais je crois en outre qu'il y a, dans la conscience et le sentiment de justice des peuples civilisés ou de la majorité de chacun de ces peuples, la conviction qu'il existe des droits de l'homme qui doivent être protégés. Ce sont surtout le droit à la nationalité, le droit à l'établissement (question 3), des libertés fondamentales et le droit à un certain minimum d'existence économique. Quoique, en droit positif international, ces

droits de l'homme ne soient pas protégés contre la souveraineté du vainqueur, je crois que nous devrions émettre le vœu que le droit international devrait exiger de l'Etat acquéreur la protection de ces droits dans tous les cas de transfert de territoire, sans exception.

5. Oui, mais voir ma réponse à la question 4.

Je vous serais très reconnaissant de m'accuser réception de cette lettre.

Veuillez agréer, mon cher Confrère, mes salutations les plus cordiales et croire à mes sentiments les plus distingués.

R. Laun

6. Réponse de M. Manlio Udina

Trieste, le 12 octobre 1949

Mon cher Confrère,

Je vous prie de m'excuser si, à cause d'engagements précédents, je réponds avec un peu de retard au questionnaire que vous m'avez adressé par votre lettre du 19 juillet, accompagnant l'exposé préliminaire dont j'ai admiré la clarté et les conclusions que je partage presque entièrement.

Voici mes réponses au questionnaire :

Ad 1. Le rapport doit envisager les seuls changements territoriaux reconnus par tous les membres de la communauté internationale.

Ad 2. Si, d'une manière abstraite, il était préférable de qualifier les droits acquis d'après la méthode comparative,

j'estime plus correct au point de vue du droit positif de choisir la qualification d'après la loi du for.

Ad 3. Oui.

Ad 4. Oui.

Ad 5. Oui.

Veuillez agréer, mon cher et honoré Confrère, l'expression de mes sentiments les plus cordiaux.

M. Udina

7. Réponse de M. J. H. W. Verzijl

Utrecht, le 24 septembre 1949

Mon cher Confrère,

Excusez-moi de n'avoir pas encore répondu à votre lettre du 19 juillet dernier. Le retard est dû à un séjour prolongé à l'étranger et à une indisposition qui m'a causé beaucoup d'ennui. Voici maintenant mes réponses à votre questionnaire.

Ad 1. — Vous voulez éliminer les annexions territoriales non reconnues par tous les membres de la communauté internationale. N'est-ce pas une condition trop rigide ? D'abord, il arrive assez souvent que l'Etat au détriment duquel le changement territorial s'effectue persiste à en contester la validité et l'effet juridique définitif. Il se présente aussi des cas dans lesquels la communauté internationale est divisée sur le caractère définitif du changement, ou dans lesquels le changement est reconnu par une grande majorité, mais non pas par un certain groupe, par exemple le monde arabe. Faut-il éliminer tous ces cas ? Ne faut-il pas plutôt prendre comme point de départ l'idée que, en tous cas, le changement territorial produit certains effets en matière de droits privés, etc., entre l'Etat acquéreur et ceux parmi les autres Etats qui ont reconnu le

changement ? Supposez que le Mexique annexe une partie du territoire guatémaltèque, qu'un certain nombre d'Etats seulement reconnaissent ce changement, et parmi eux la Grande-Bretagne, que des sujets britanniques aient obtenu antérieurement une concession de chemin de fer dans la région annexée et qu'il s'élève une controverse entre le Mexique et la Grande-Bretagne au sujet du maintien de cette concession. Pourquoi, dans un cas pareil, les principes généraux à formuler ne seraient-ils pas applicables aux rapports entre les deux Etats en litige ?

Et puis, qu'est-ce que vous entendez par « changements territoriaux » ? Il semble que vous ayez en vue seulement les changements de frontières, ou (à un autre endroit) les annexions. Est-ce vraiment l'une ou l'autre de ces conceptions très restreintes de la matière à examiner que vous avez en vue ? N'y a-t-il pas des hypothèses beaucoup plus importantes que les simples « changements de frontières » et les « annexions » (partielles ou totales ?) qui entrent en ligne de compte et qui nécessitent impérieusement une solution ? Que faut-il faire dans le cas de démembrement, de fusion et dans d'autres cas de succession d'Etats ? N'y a-t-il pas lieu de prendre en considération la totalité de ces hypothèses et de se demander jusqu'à quel point il sera possible de formuler des principes généraux communs à tous les cas d'espèce, ou éventuellement dans quelle mesure il faudra formuler des principes différents pour des hypothèses différentes ? A mon avis, ce serait un résultat assez pauvre que de gagner un résultat qui ne s'applique qu'à des cas spéciaux, peut-être peu importants.

Ad 2. — D'abord, pourquoi éliminer les droits de subdivisions d'Etats si ces subdivisions agissent sur un pied d'égalité avec les véritables particuliers ? Dans ce cas, ils ne sont, devant le droit, que des « particuliers » (cf. par exemple

Wilkinson, The American doctrine of State succession, in The Johns Hopkins University studies in historical and political science, series LII, No. 4, 1934, p. 46 sq.).

D'ailleurs, la systématique toute entière (droits publics, droits privés, droits mixtes) me semble être très douteuse. Généralement, on trouve dans la littérature une distinction entre, d'une part, « private rights » et, d'autre part, « contracts and concessions ». Comme si des « contracts » n'étaient pas la source de « private rights » et comme si c'était une antithèse juridiquement acceptable. A mon avis, la doctrine relative aux effets de successions territoriales (dans le sens le plus ample, comprenant aussi les cas de démembrement, d'incorporation totale, de fusion, etc.) demande une réorientation complète. Il y a trois points de vue fondamentaux qui doivent être pris en considération, à savoir :

a) Faut-il faire une distinction de droit entre les cas où le rapport juridique en question (une emphytéose, une concession d'un tramway, un contrat de longue durée) existe entre deux « particuliers » (y compris, par exemple, des communes), ou bien présente le caractère d'un rapport entre un particulier et l'Etat successeur ? La Cour permanente de Justice internationale, dans le cas des Rentengutsverträge conclus par l'Etat prussien avec des colons allemands, série B, no 6, a déjà fermement nié qu'il y ait une différence juridique. Il faudra élaborer cette thèse en l'appliquant également à des cas de succession autres qu'une cession de territoire.

b) Faut-il faire une distinction de droit selon que le rapport juridique à considérer au point de vue de son maintien nonobstant le déplacement de la souveraineté territoriale, existe entre l'Etat successeur et des personnes qui, à la suite dudit déplacement, deviennent ses ressortissants, ou qu'il existe entre cet Etat et des personnes qui soit étaient déjà

des étrangers vis-à-vis de l'Etat « ancien », soit (par exemple en cas de démembrement) deviennent étrangers à l'égard de l'Etat successeur (par exemple le cas de Ceylon) ?

Jusqu'ici, c'est par rapport au régime des traités de minorités seulement que cette question a trouvé une solution satisfaisante. Faut-il étendre ce régime plus loin et l'ériger en principe général ?

c) Faut-il faire une distinction de droit entre des droits publics et privés (éventuellement une troisième catégorie mixte) ou faut-il plutôt, partant de la thèse de la Cour permanente relative au maintien des « droits acquis », se demander quelles catégories de droits (patrimoniaux, Vermögensrechte) doivent raisonnablement ne pas être comprises dans ledit concept ? On devrait alors s'engager dans une analyse, au moins des principaux types de concessions et de contrats pareils, par exemple en examinant la mesure dans laquelle de tels contrats sont susceptibles d'être mis à la base d'une action en justice tendant à en faire constater la validité, la portée et l'exécutabilité vis-à-vis de l'Etat concédant lui-même et, partant, sont de véritables « droits acquis » et non pas seulement des concessions précaires et révocables à merci ; ou dans une analyse de l'influence qu'un prétendu caractère plus ou moins « politique » de la concession en question peut avoir sur le principe de son maintien par l'Etat successeur (cf. également l'avis consultatif de la C.P.J.I. concernant les Rentengutsverträge). A mon avis, ce serait faire là œuvre utile, beaucoup plus que de partir d'une distinction très controversée et contestable entre droits publics et privés (éventuellement mixtes) et de laisser la solution pratique à la législation de l'Etat successeur, qui ne manquera pas de tâcher de se dérober à toute obligation pour acquérir le territoire nouveau pour une bagatelle, ou encore à un droit comparé douteux.

Ad 3. — A mon avis cette question peut très bien être laissée de côté. Elle est une question à part. C'est une question toute autre de savoir dans quelle mesure des droits patrimoniaux acquis doivent être reconnus par l'Etat successeur que de savoir dans quelle mesure l'Etat successeur est juridiquement obligé d'accorder à tous les habitants — ou originaires ? — du territoire cédé, émancipé, annexé, etc., sa nationalité ou de les admettre sur ce territoire. Un examen de cette nature nous détournerait de notre véritable tâche, qui, d'ailleurs, est déjà assez épineuse.

Ad 4. — Voir sous 3.

Ad 5. — La distinction proposée entre droits privés « acquis par les ressortissants de l'Etat en question (évidemment : l'Etat successeur) » et ceux « acquis par les étrangers » est propre à provoquer des malentendus, qui ne sont que trop connus dans cette matière. Par « étrangers », il faut comprendre dans ce contexte non seulement ceux qui étaient déjà étrangers vis-à-vis de l'Etat « ancien » (et qui ne deviennent pas nationaux de l'Etat successeur à la suite de la succession territoriale), mais aussi ceux qui ne deviennent étrangers qu'en conséquence du changement de souveraineté. Mais en cas de démembrement, par exemple, les droits en question ne furent pas acquis « par des étrangers », ils furent acquis par des co-nationaux de l'Etat non encore démembré (Inde-Pakistan). D'ailleurs, il ne faut pas confondre le point de savoir dans quelles conditions un Etat est tenu d'indemniser des « étrangers » pour des expropriations, etc. — question qui joue également hors de tout cas de changement territorial et qui est une question de nature différente — avec celui de savoir si des « droits acquis » *survivent* au changement territorial (comp. : *Guggenheim*, Lehrbuch, I, p. 437 suiv. ; *Ross*, A textbook of international law, p. 133 suiv.). Il nous faudra sanctionner avant tout la

survivance des droits « privés » acquis en cas de changement territorial.

Ad 6. — Non, à mon avis. Mieux vaut fixer les principes fondamentaux nous-mêmes et ne pas laisser les pauvres arbitres sans gouverne.

Veuillez agréer, mon cher Confrère, l'expression de mes sentiments les plus distingués.

J. H. W. Verzijl

Observations des membres de la Commission concernant le rapport provisoire de M. A. Makarov du 17 mars 1950

1. Observations de A. Badawi Pacha

La Haye, le 19 juin 1950

Mon cher Confrère,

J'ai lu avec le plus grand intérêt votre rapport provisoire. Il traite le sujet avec toute l'ampleur et la clarté désirables. Je l'approuve dans son ensemble, ainsi que le projet de Résolutions, et, tout en m'excusant du retard de cette communication, je me permets de vous soumettre les observations suivantes.

1. L'indication des divers modes de changements territoriaux est utile pour donner aux conclusions leur caractère nécessaire de généralité.

2. Je persiste à préférer l'exclusion de la discussion de la question de la reconnaissance qu'il suffit de postuler. D'une manière générale, cette question a plutôt un caractère théorique et le cas d'occupation militaire, qui peut faire naître des situa-

tions à la fois complexes et intéressantes, ne devrait pas trouver sa place ici.

3. Je préférerais également ne pas traiter du cas des subdivisions des Etats ou droits des municipalités, qui me paraît être une particularité du droit public américain (Cf. Wilkinson, cité par vous-même).

4. Je n'aurais pas d'objection à viser le droit à la nationalité et au domicile, puisque c'est l'avis de la majorité de la Commission. Il serait toutefois utile de préciser que ce droit s'étend aux ressortissants du territoire venant à changer de souverain qui résident à l'étranger. Les traités qui règlent les conséquences d'annexions visent souvent cette catégorie en leur accordant un délai d'option plus long.

5. Je suis d'accord qu'une certaine systématisation ou classification des droits qu'il y aurait lieu de traiter, contribuerait à la clarté et à la justification des réponses tout en donnant satisfaction au désir de fournir des solutions pratiques.

6. Les exemples relatifs à des droits de famille ou à des situations nées de l'occupation militaire (p. 19-20) me semblent s'écarter du sujet.

7. J'admettrais volontiers que pour la clarté du rapport ainsi que pour la bonne méthode, la distinction entre étrangers et nationaux s'impose au point de vue des effets des changements territoriaux sur les droits des particuliers. Pour les premiers, il y a des règles, une pratique et une jurisprudence internationales en abondance.

Pour les uns et les autres, le caractère souverain de l'ordre juridique nouveau, l'autorité et la nature obligatoire et impérative de ses règles d'ordre public, sont incontestables, encore que pour les étrangers une garantie relative leur est reconnue par la règle qu'en dehors des cas où un traitement spécial des

étrangers est sanctionné par une pratique plus ou moins universellement admise, les dispositions qui établissent une discrimination contre les étrangers peuvent engager la responsabilité de l'Etat qui les édicte.

Sous le bénéfice de cette situation générale, il y a lieu de faire une distinction, dans l'expression législative de l'ordre juridique nouveau, entre les lois ordinaires et les lois extraordinaires. Je rangerais dans la première catégorie la législation qui ne procéderait pas par sauts et qui tout en opérant des changements dans les lois existantes n'en bouleverserait pas l'économie ou la structure. Pour cette catégorie, la non-rétroactivité serait, d'une manière générale, à recommander et devrait suffire. Elle constituerait la meilleure garantie pour la stabilité des rapports juridiques, tant pour les nationaux que pour les étrangers.

Sous les lois extraordinaires, je rangerais les confiscations, monopoles, expropriations massives sans compensation, nationalisations, ainsi que toute mesure qui tendrait à transformer profondément ou à bouleverser le système économique des territoires relevant de l'Etat successeur. Par suite de la généralité et de l'étendue des conséquences de ces mesures, de la révolution sociale et économique qu'elles comportent, les remèdes internationaux sont restés jusqu'ici sans effets. Aussi devrait-on se demander si la protection reconnue en faveur des étrangers en vue de leur assurer un certain niveau de situation juridique correspondant à la conduite commune de tous les Etats civilisés (le minimum) et un dédommagement équitable en cas d'infraction de ce niveau, constitue une sanction efficace des droits des étrangers.

Cette constatation ne tend pas à battre en brèche les principes qui sont à la base de cette protection, mais il est nécessaire de la garder présente à l'esprit, sans toutefois renoncer à faire valoir ladite protection dans la mesure du possible.

Toujours est-il que l'inefficacité de plus en plus évidente de la protection diplomatique contre les atteintes les plus formidables et les plus violentes aux droits acquis des particuliers ne peut manquer de mettre les étrangers et les nationaux au même niveau et dans une situation presque identique.

Le rapport semble tendre à considérer cette identité de situation comme *lex ferenda*. Cette vue est exacte au point de vue du droit international traditionnel : les droits des nationaux à la propriété, ainsi qu'à une indemnité équitable en cas d'expropriation, peuvent être proclamés par les constitutions et même comporter des garanties contre les empiètements du législateur, mais internationalement parlant ces droits peuvent être considérés comme inexistants. Depuis la Déclaration des droits de l'homme, cependant, votée par l'Assemblée des Nations Unies en 1948, ces droits ont dorénavant une existence au point de vue du droit international pur.

La protection diplomatique des étrangers continuera à distinguer ces derniers des nationaux, pour autant qu'elle leur assure une *sanction* pour leurs droits. Lorsqu'il s'agit toutefois de proclamer le simple droit à l'indemnité en cas d'expropriation, indépendamment des sanctions qui peuvent être mises au service de la mise en œuvre dudit droit, étrangers et nationaux ont, au point de vue du droit pur, des situations identiques. Ce n'est plus une *lex ferenda*.

8. La question des concessions a été traitée d'une manière complète.

En ce qui concerne le projet de Résolutions, et sauf quelques retouches de rédaction, je me permets de faire les observations suivantes :

1. Je ne sais s'il y a une objection à citer dans le préambule la Déclaration des droits de l'homme votée par l'Assemblée des Nations Unies dans sa session de 1948.

2. Paragraphe 1. Il serait préférable que ce paragraphe se lise ainsi : « Les règles exposées ci-dessous s'appliquent à toutes les espèces de changements territoriaux, sans préjudice de celles qui sont applicables en cas de non-reconnaissance. »

3. Paragraphe 2. Je n'ai pas saisi la portée des « entités juridiques non douées de la qualité de personnes morales ». La deuxième partie de ce paragraphe devrait trouver sa place ailleurs et sous une forme différente (Cf. paragraphe 7*c*).

4. Paragraphe 3. Supprimer le dernier membre de phrase « ou sur des actes administratifs y effectués », ces actes étant compris dans l'expression « dispositions de droit interne » — voyez le paragraphe 5, où par souci d'uniformité il serait préférable de remplacer les mots « législatives ou sur des actes administratifs », à la deuxième ligne, par les mots « du droit interne ».

5. Paragraphe 4. « Selon les conditions établies par celui-ci » et « réserve faite de l'ordre public » peuvent ouvrir aux abus des portes que les principes énoncés dans la Déclaration des droits de l'homme n'aident pas à fermer. La dernière partie de la phrase, commençant par les mots « ces conditions », se rattache-t-elle au droit à la nationalité ou à celui au domicile, ou au deux ? En tout état de cause, il convient de choisir une formule plus adéquate.

6. Paragraphe 5. Voir observations relatives au paragraphe 3.

7. Paragraphe 7. Il y a lieu d'introduire, dans l'une ou l'autre des sections de ce paragraphe, d'une part la recommandation de non-rétroactivité (section b), et d'autre part l'extension de la protection diplomatique aux personnes morales nationales (section c), à moins qu'on ne préfère ne pas viser cet aspect de la question, la pratique et la jurisprudence internationale étant constantes à ce sujet.

A part ces quelques observations, sur lesquelles je m'en remets à votre discrétion, il m'est agréable de marquer mon accord tant sur le rapport que sur le projet de Résolutions.

Veuillez agréer, mon cher Confrère, l'assurance de ma haute considération et de mes sentiments très dévoués.

A. Badawi

2. Observations de M. Paul Guggenheim

Genève, le 9 mai 1950

Mon cher Confrère,

Je m'excuse vivement de ne pas vous avoir encore écrit au sujet de votre intéressant rapport provisoire sur les changements territoriaux et leurs effets sur les droits des particuliers. D'autres obligations ne m'ont malheureusement permis de lire votre travail que ces derniers jours.

Je pense qu'il serait utile de discuter votre rapport en commission, car il y a, à mes yeux, beaucoup de points à discuter, sur lesquels l'accord ne sera probablement pas aisé. C'est ainsi que je maintiens ma manière de voir selon laquelle il y aurait lieu, en particulier, d'examiner les changements territoriaux et leurs effets sur les droits des particuliers lorsque l'Etat ou éventuellement le gouvernement successeur n'est pas reconnu. C'est la question la plus actuelle et la plus difficile dans ce domaine, à laquelle on ne trouve guère de réponse dans la doctrine. Mais j'admets qu'il serait peut-être indiqué d'examiner ce problème dans le cadre d'un rapport spécial.

En général, les Etats ont conclu, lors de changements territoriaux, des conventions dans lesquelles ils ont entre autres réglé les effets sur les droits des particuliers. Il est difficile de savoir si ces conventions correspondent à une conviction juridique commune des Etats ou s'il ne s'agit pas plutôt de

règlements d'espèce. Vous objecterez certainement que *de lege ferenda* la réponse à cette question n'a pas une importance capitale. Mais vu cette situation, je ne suis pas sûr s'il est possible d'arriver, au delà de l'indication de quelques principes généraux, à des opinions concordantes.

Je me permets de vous faire part encore de quelques observations de détail.

Page 26 : je pense qu'il faudra discuter de vive voix la question de savoir si l'Etat acquéreur est obligé de n'accorder qu'aux étrangers les droits acquis, ou aussi à ses nouveaux ressortissants.

Page 18 : je ne suis pas sûr que vous ayez raison de renvoyer aux conventions particulières la protection de certains droits, comme ceux ayant pour objet les pensions de retraite des fonctionnaires ou l'assistance sociale dans toutes ses formes. *De lege ferenda*, je serais assez disposé à mettre à la charge de l'Etat successeur l'obligation d'admettre des droits de ce genre.

Page 28 : il ne me semble pas que votre idée doive être retenue selon laquelle le paiement d'une indemnité ne peut être exigé que si la compensation accordée est à considérer comme non équitable. Vous introduisez un nouvel élément dans le système de l'indemnisation, celui de l'« indemnisation équitable ». Je réserve mon opinion à ce sujet. Mais je vous avoue qu'à première vue l'introduction de cette notion ne me paraît guère faciliter la solution du problème en question.

J'espère d'ailleurs m'entretenir avec vous verbalement de toutes ces questions. Dans ces conditions, je vous prie de considérer cette lettre comme une réponse provisoire. Après vous avoir entendu, je serai probablement en mesure de modifier quelques-unes de mes observations.

Veuillez agréer, mon cher Confrère, l'expression de mes sentiments cordialement dévoués.

Paul Guggenheim

3. Observations de M. Georges Kaeckenbeeck

Düsseldorf, le 30 mai 1950

Mon cher Confrère,

Ce n'est qu'à la faveur de la Pentecôte que j'ai eu le temps de lire votre rapport provisoire sur les changements territoriaux et leurs effets sur les droits des particuliers.

Je me demande si, dans le rapport définitif, il n'y aurait pas intérêt à prêter moins d'attention aux questions qui ont été posées et aux réponses qui leur ont été données, et à chercher au contraire une synthèse qui permette de camper le sujet d'une manière plus plastique.

Il y a un trait commun à tous les changements territoriaux, que ceux-ci soient unanimement reconnus ou non, c'est la substitution dans certaines limites géographiques d'une souveraineté à une autre, d'un ordre juridique à un autre.

De cette substitution découlent certaines conséquences pour les droits des individus. Ce sont ces conséquences qui font l'objet du rapport.

Une de ces conséquences est le changement éventuel de la nationalité ou la naissance d'un droit d'option. C'est la raison pour laquelle je suis d'avis qu'il convient, dans le rapport, de dégager les principes essentiels du droit individuel à la nationalité et de la procédure d'option.

Une autre conséquence est souvent de placer certaines personnes dans des groupes de minorités de race, de religion, etc. Pour autant que le droit international accorde certains droits aux minorités, on peut parler ici d'un effet du changement territorial.

La conséquence de loin la plus générale est cependant que le droit public du nouveau souverain remplace automatique-

ment l'ancien, et que les droits publics des habitants sont en conséquence rénovés. Il n'y a pas en principe de survivance de droits publics possédés sous l'empire de la souveraineté ancienne.

Il en va différemment en matière de droits privés. Ceux-ci ne sont en principe pas touchés par le changement de souveraineté. Ils n'en deviennent nullement caducs. C'est là un principe incontestablement reconnu du droit international. Il en résulte que des droits privés acquis avant le changement de souveraineté continuent à exister tels quels.

Si ces droits privés sont soustraits aux effets du changement de souveraineté, ils sont, comme tous autres droits, susceptibles d'être influencés par la législation ultérieure. Ceci toutefois sous réserve du principe législatif de la non-rétroactivité des lois.

L'expérience apprend que les conquêtes, annexions, etc., s'accompagnent en général de beaucoup de passions et d'avidités. C'est pourquoi la tendance a été fréquente de confisquer et d'abolir à la faveur de ces événements de nombreux droits représentant des valeurs économiques. On a cherché à obvier à cette tendance en faisant appel à des principes de droit et d'équité, et c'est cette lutte entre avidité et équité qui a concentré l'intérêt sur le sort des droits patrimoniaux. Ceux-ci peuvent être purement privés, mais ils peuvent aussi participer du droit public (concessions, etc.) et c'est alors que le problème revêt le caractère le plus douteux.

Je crois que dans cette perspective, il est possible de laisser tomber beaucoup de distinctions inutiles et d'éviter certaines des controverses que laissent apparaître les réponses faites à votre questionnaire.

Je crois également que dans cette perspective, il n'est pas nécessaire d'élaborer une théorie artificielle des droits acquis

rebelles à la confiscation ou à l'abolition. Il y a simplement lieu d'examiner quels principes de droit ou d'équité sont opposables à ce qui constitue une spoliation.

A cet égard l'analogie des principes du droit intertemporel (non-rétroactivité) et du droit interterritorial s'impose. En ce qui concerne les rapports juridiques avec un Etat ou un élément d'un Etat, la question de subrogation est primordiale. Je n'ai pas l'impression que votre rapport lui ait accordé toute l'attention qu'elle mérite.

A cet égard aussi il devient facile de donner à la question de la compensation la place qui lui revient.

En ce qui concerne le projet de Résolutions, je voudrais faire encore les remarques suivantes :

Résolution 3 : L'expression « qui peuvent être influencés par les changements territoriaux » me paraît dangereuse et permettrait de croire que pour les deux catégories de droits énumérés le changement territorial peut exercer ses effets, tandis que pour les autres catégories il ne le peut pas. Or, les droits privés (qui sont soustraits aux effets du changement territorial) sont compris dans la deuxième des catégories énumérées. Je crois qu'il serait préférable de dire par exemple : « Il y a lieu de considérer les droits des particuliers dérivant des obligations internationales... »

Résolution 4 : Les mots « établies par celui-ci » sembleraient indiquer que les principes de l'acquisition de la nationalité sont exclusivement dans la discrétion de l'Etat successeur. Or, je crois que l'Etat successeur n'a pas de discrétion complète à cet égard. D'autre part, le droit de conserver son établissement dans le territoire cédé ne devrait pas être soumis, par l'Institut, à la condition d'avoir acquis la nationalité de l'Etat successeur. Un tel droit est fréquemment accordé à des étrangers, il a été parfois accordé à des ressortissants de l'ancien

Etat qui n'avaient pas acquis la nationalité de l'Etat successeur (p. ex. en Haute-Silésie), et là où cette nationalité a été acquise, le droit de conserver son établissement est en général subordonné au fait de ne pas avoir subséquemment opté en faveur de l'ancienne nationalité.

« Les principes énoncés dans *les* Déclarations des droits de l'homme », est une formule trop vague. La plupart de ces déclarations n'ont pas de valeur juridique.

Je n'ai malheureusement pas le temps de poursuivre ces remarques. Je les ai jetées hâtivement sur le papier après une lecture hâtive de votre rapport. Il est bien possible qu'une seconde lecture me convaincrait qu'elles sont inutiles. Mais notre éminent ami Wehberg me presse de vous faire part de mes remarques. Les perfectionner causerait beaucoup de retard. Je vous les envoie donc telles quelles en m'excusant auprès de vous, et en espérant que vous voudrez bien les accueillir avec la plus grande tolérance, car elles n'ont d'autre but que de contribuer (bien pauvrement !) à la discussion des éléments de votre important rapport.

Croyez bien, mon cher Confrère, aux sentiments les meilleurs de votre dévoué

G. Kaeckenbeeck

4. Observations de M. Manlio Udina

Trieste, le 31 mai 1950

Cher et honoré Confrère,

Ayant reçu communication par le Secrétaire général adjoint a.i. du fait que le terme pour présenter des observations n'est pas encore échu, j'en profite pour ajouter, au sujet du rapport provisoire que vous avez rédigé pour la sixième Commission de notre Institut, quelques remarques que le délai du 15 avril ne m'avait pas permis de formuler auparavant. Etant donné le

peu de temps à disposition, je me borne à prendre en considération directement le projet de Résolutions qui est annexé au rapport.

En général, il me semble que ce projet présente un caractère explicatif dont, peut-être, on pourrait se passer, et qu'il serait approprié de le réduire à des propositions plus concises, et en outre d'y apporter quelques modifications ultérieures au point de vue stylistique.

En particulier, je crois que les deux premiers alinéas du préambule pourraient être refondus de telle sorte qu'il en résulte un seul alinéa ; on éviterait en même temps d'employer le verbe « invoquer » (« En rappelant la déclaration... et les travaux... »). D'autre part, les articles 5 et 8, lettre d, me semblent superflus. Les articles 7 et 8 pourraient être abrégés (ainsi, par exemple, à la lettre b de l'article 8, on pourrait dire : «...sauf lorsqu'il s'agit de concessions susceptibles... ou ne répondant plus... »).

Je pense en outre qu'il serait approprié d'ajouter à la fin de l'article 1 les mots suivants : « ... et concernent les droits des particuliers », ce qui servirait à mieux relier cet article à ce qui suit. Aux quatre premières lignes de l'article 4, je substituerais la phrase suivante : « Les droits des particuliers dérivant des obligations de droit international commun des Etats sont notamment *a)* le droit à l'acquisition... et *b)* le droit à la conservation... ». A la quatrième ligne de l'article 6, j'ajouterais : « droits *de contenu patrimonial* ». A la deuxième ligne de l'article 9 je ne ferais pas mention des « droits mixtes », tandis qu'à la quatrième ligne, j'ajouterais « ...la qualification de ce droit *ou des différents aspects de ce droit* doit... ».

Veuillez agréer, cher et honoré Confrère, l'assurance de mes sentiments dévoués et cordiaux.

M. Udina

5. Observations de M. J. H. W. Verzijl

Utrecht, le 15 avril 1950

Mon cher et honoré Confrère,

J'ai lu avec un grand intérêt l'admirable rapport provisoire que vous avez réussi à formuler pour la sixième Commission sur la base des réponses, assez divergentes, données par les membres de la Commission à votre questionnaire introductif.

D'une façon générale, je l'accepte volontiers. Mais étant donné que vous nous demandez nos observations critiques sur votre texte, je ne veux pas négliger de vous faire parvenir quelques remarques au sujet de son contenu.

La matière exposée dans votre rapport provisoire est d'une envergure telle que, à vrai dire, on ne saurait y faire justice qu'en entrant dans bien des détails et en en discutant plus amplement les principes. Cependant, dans la phase actuelle, cela me semble peu praticable. C'est pourquoi je me borne aux observations suivantes.

A la page 46 de votre texte dactylographié[1], vous faites mention de mon opinion selon laquelle il faudra sanctionner dans le rapport avant tout la *survivance* des droits acquis en cas de changement territorial. Cette remarque se rapportait essentiellement à la matière que vous discutez aux pages 26 et ss. de votre rapport dactylographié[1]. Ce que j'avais en vue est ceci :

Lorsqu'on se rend compte des effets des changements territoriaux sur les droits acquis des particuliers, la première — et, à mon avis, la seule — question à résoudre consiste à savoir lesquels des droits « acquis » *survivent* au changement territorial et lesquels, au contraire, *sont ipso facto supprimés*. La question de savoir dans quelles limites l'Etat successeur est compétent, dans une phase ultérieure, pour porter atteinte à

[1] Modifié dans le texte définitif du rapport.

des droits acquis, une fois qu'ils *ont* survécu au changement territorial, n'est plus du domaine de la sixième Commission, mais rentre plutôt dans le domaine des questions dont la principale (celle qui concerne les effets internationaux des nationalisations) est confiée à la troisième Commission. Naturellement, loin de moi le désir de soulever des « conflits de compétence » ! Mais puisqu'il s'agit d'une question de substance, j'ai tenu à souligner la nécessité de distinguer clairement le problème de la survivance des droits acquis, malgré le changement territorial, d'avec celui des pouvoirs de l'Etat acquéreur, *après* ledit changement, de porter atteinte aux droits ayant conservé leur valeur juridique à son égard aussi, comme auparavant à l'égard de son antécesseur. Il y a des droits « acquis » (notamment dans le domaine du droit public) qui ne survivent point au changement territorial, mais il y en a beaucoup d'autres, en réalité la grande majorité des droits privés et mixtes, qui y survivent et qui, dans la suite, tombent sous le coup des règles générales régissant le régime des propriétés étrangères, ce qui n'est plus un véritable problème de « succession d'Etats ».

C'est pourquoi je persiste à considérer ces dernières questions comme un peu hors de propos dans un exposé ayant trait aux *effets des changements territoriaux* sur les droits des particuliers. Ce que votre rapport discute aux pages 26 et ss. dactylographiées n'est pas différent, en principe, du problème qui se pose, hors de tout changement territorial, lorsque, par exemple, une révolution sociale entraîne des nationalisations ou monopolisations. Il y a lieu, à mon avis, de s'en référer simplement, pour cette catégorie de questions, aux règles fondamentales régissant le régime des propriétés étrangères. Les analogies que vous formulez dans la dernière phrase à votre page 13 dactylographiée[1] sont parfaitement correctes. Mais précisément pour souligner

[1] Page 220 *in medio* ci-dessus.

la portée restreinte du problème à examiner, j'aimerais à ajouter à ladite phrase un passage disant que, par conséquent, ce problème n'a, en principe, rien à faire avec le point de savoir dans quelles limites l'Etat acquéreur est en droit, dans une phase postérieure, d'empiéter sur les droits acquis ayant survécu au changement territorial, ce dernier point ayant une portée plus générale et n'étant pas directement lié audit changement.

C'est aussi, à mon avis, ce qu'a voulu exprimer la Cour permanente de Justice internationale (Avis série B, n° 6) dans les deux passages que vous citez vous-même aux pages 23 (en bas)[1] et 24 (en haut)[2] dactylographiées. J'y lis un argument *a fortiori* et un avertissement que, si je ne me trompe pas, vous n'y lisez pas. « Par lui-même », voici ce que veut dire la Cour, « un changement de souveraineté territoriale n'anéantit aucunement les droits acquis conformément au droit de l'Etat antécesseur ; bien au contraire, ils y survivent, même si une législation différente se substitue aux lois sous l'empire desquelles ces droits ont été créés. A plus forte raison, les droits acquis restent intacts lorsque, comme dans le cas d'espèce, la législation antérieure elle-même survit au changement territorial. Du reste, il faut souligner que la question générale relative au pouvoir législatif du souverain nouveau de modifier ou annuler les droits privés après le changement territorial est étrangère au cas d'espèce : celle-ci doit être résolue selon des règles distinctes. » C'est aussi pourquoi tout ce que vous faites observer, par exemple aux pages 27, 29 et 30[2], concernant l'Etat acquéreur, a la même importance pour des hypothèses hors de toute acquisition de territoire.

A la page 21[2] vous mentionnez « des droits dont l'exercice continue après leur création ». Qu'est-ce que vous entendez par là ? Y a-t-il, alors, des droits qui s'éteignent, ou dont

[1] Page 229 *in medio* ci-dessus.

[2] Modifié dans le texte définitif du rapport.

l'exercice s'éteint au moment même de leur création ? Quelle utilité peuvent avoir de pareils droits ?

Le point *d)*, à la page 41[1], me semble trop vague. « L'intérêt public » d'un Etat peut servir d'excuse pour toutes sortes d'abus. Et quelle est votre opinion sur l'hypothèse, que vous formulez vous-même, d'un Etat acquéreur ayant introduit avant l'acquisition du territoire nouveau un monopole d'exploitation des chemins de fer ? Est-ce que, dans une telle hypothèse, des droits de concession ferroviaire créés sous l'empire de la législation de l'Etat antécesseur survivent au changement territorial (bien que sous la menace de tomber sous le coup, eux aussi, de la possibilité de monopolisation par l'Etat successeur, moyennant compensation), ou ne survivent-ils pas du tout au changement territorial ? Dans une telle hypothèse, mes observations formulées ci-dessus gagnent une importance pratique particulière.

Page 11[2]. Au risque de donner l'impression de vouloir réagir contre le vote de la majorité tendant à insérer dans le rapport des droits publics, j'ai quelque difficulté à accepter votre construction juridique concernant la nationalité de la population du territoire changeant de souverain. S'agit-il ici, vraiment, d'un droit subjectif ? On peut qualifier comme tel soit la nationalité elle-même, soit le droit à une nationalité quelconque. Dans la première variante le « droit subjectif » — à savoir : le lien juridique qui unit un individu à un Etat déterminé — subsiste en cas de changement territorial, ou s'anéantit pour être remplacé par un lien différent (avec un autre Etat). Dans la deuxième variante le « droit subjectif » — à savoir : le droit de ne pas être privé de toute nationalité — est un caméléon juridique, qui peut changer de couleur nationale soit au gré de l'individu, soit contre son gré. Vous interprétez le droit subjectif

[1] Page 243 ci-dessus.
[2] Page 216 *in fine* et 217 ci-dessus.

en discussion comme « le droit d'acquérir sous certaines conditions la nationalité de l'Etat acquéreur et de ne pas devenir apatride ». Qu'est-ce que vous pensez d'autres « droits subjectifs » dans ce domaine, pas moins respectables, comme par exemple : « le droit de retenir sous certaines conditions la nationalité de l'Etat antécesseur et de ne pas devenir apatride », ou bien « celui de retenir la nationalité de l'Etat antécesseur sans être contraint de se faire engloutir par l'Etat acquéreur » ? Vous réaliserez sans doute qu'il y a des raisons pour ne pas non plus perdre de vue ces « droits ». Le droit à la nationalité a très peu de valeur si c'est une nationalité dont l'individu en question ne veut pas !

Car, en définissant le droit public en discussion comme vous le faites, vous perdez un peu de vue, me semble-t-il, que, au lieu d'avoir le *droit* d'acquérir une nationalité nouvelle, l'individu est souvent forcé bon gré mal gré de se faire incorporer dans un Etat nouveau dont il ne veut précisément pas être le national. Au surplus, je me demande si la pratique internationale est correctement décrite par la formule que la population a « le droit d'acquérir (quelque chose) sous certaines conditions », et partant aussi le droit de se refuser à l'acquérir. La situation n'est-elle pas plutôt celle-ci : que certaines catégories d'individus changent *automatiquement* de nationalité, indépendamment de leur désir de changer, — sauf la possibilité de corriger ce changement automatique par une déclaration de volonté sous certaines conditions ? Cette matière a, en effet, deux côtés, également épineux !

Voilà les quelques remarques que je tenais à formuler. J'y ajoute quelques *corrigenda* dans le texte.

Veuillez agréer, mon cher et honoré Confrère, l'assurance de ma haute considération et de mes sentiments très dévoués.

J. H. W. Verzijl

V. La portée extraterritoriale des sentences répressives étrangères

(Suite de la révision des Résolutions de Munich, 1883)

1. Rapport et projets de Résolutions

présentés au nom de l'ancienne seizième Commission en 1939

par

MM. A. Mercier et H. Donnedieu de Vabres

A.

Lettre adressée par M. H. Donnedieu de Vabres aux membres de la 16e Commission [1]

Paris, le 18 avril 1939

Monsieur et très honoré Confrère,

Monsieur le Professeur André Mercier et moi-même, avons été chargés de soumettre à la 16e Commission de l'*Institut de droit international*, un rapport préparatoire et un projet de Résolutions sur *la portée extraterritoriale des sentences répressives étrangères* (*Annuaire*, 1937, p. 332).

Je viens, en conséquence, sur la demande de M. Mercier, vous mettre au courant de l'état de nos travaux.

1° J'ai l'honneur de vous adresser sous ce pli un rapport préliminaire et un avant-projet de Résolutions rédigés par M. A. Mercier ;

2° J'ai eu le privilège de rencontrer M. A. Mercier à Paris, en novembre 1938. Nous avons pris pour base de notre examen son projet de Résolutions. Nous avons adopté d'un commun

[1] Cette Commission est ainsi constituée : Rapporteurs : MM. Mercier et Donnedieu de Vabres. Membres : MM. de Boeck, Brierly, Diena, Dumas, François, McNair, Neumeyer, Scelle, Séfériadès, Sibert.

accord quelques modifications de forme, et des dispositions complémentaires relatives aux effets des condamnations civiles et des privations de droits prononcées à l'étranger.

Nous avons constaté notre divergence de vues au sujet de l'article 6. C'est à la suite de cet entretien que j'ai rédigé le rapport complémentaire que vous trouverez également sous ce pli ;

3° Enfin, j'ai l'honneur de vous communiquer le passage suivant d'une lettre, en date du 31 mars 1939, que je reçois de M. A. Mercier :

« Après mûre réflexion, je me rallie à votre proposition de substituer à mon article 6 vos articles 6 à 9 inclusivement.

» Je n'abandonne pas par là mon point de vue, exposé dans mon projet de rapport préliminaire. Dans l'état actuel du droit international public et spécialement du droit pénal international, je reste convaincu de la nécessité de reconnaître à chaque Etat le droit fondamental d'édicter et d'appliquer les règles de compétence pénale dans l'espace qu'il juge nécessaire à son ordre public et à sa lutte contre le crime, tout en évitant d'empiéter sur la souveraineté des autres Etats. Je pense qu'un Etat ne peut renoncer à ce droit fondamental que :

» *a)* par des *traités*, qui lui offrent certaines garanties ;

» *b)* par *requête* spéciale adressée à un autre Etat aux fins de l'exercice de l'action pénale par ce dernier dans tel ou tel cas particulier.

» Si néanmoins j'adhère à votre proposition, c'est que les règles consacrées par vos articles 6, 7, 8 et 9 (en lieu et place de mon article 6) ont toute mon approbation en tant que règles à recommander aux Etats pour être insérées dans des traités à conclure sur la portée extraterritoriale des jugements répressifs. En outre, vos articles 6-9 me paraissent être — mieux que mon article 6 — dans la ligne et dans l'esprit des Résolutions de Cambridge de 1931. »

Il résulte de cette lettre que nous sommes d'accord, M. A. Mercier et moi-même, pour soumettre à votre examen, comme exprimant notre sentiment commun, les textes qui figurent à la fin de mon rapport complémentaire.

Je vous serais obligé de bien vouloir m'envoyer à l'adresse indiquée ci-dessous vos observations, dont je ferai part aussitôt à M. Mercier. Le désir nous ayant été exprimé que la question des jugements répressifs étrangers soit étudiée, si possible, au cours de la prochaine session de l'Institut (Neuchâtel, septembre 1939), nous serions heureux de recevoir votre avis dans le plus bref délai. A partir du 10 mai, nous serions obligés d'estimer, pour la rédaction du rapport définitif, que votre silence vaut assentiment.

En m'excusant auprès de vous de cette hâte et vous adressant d'avance mes sincères remerciements, je vous prie d'agréer, Monsieur et très honoré Confrère, l'expression de mes sentiments très distingués et dévoués.

H. Donnedieu de Vabres

B.

Rapport préliminaire de M. A. Mercier

(Septembre 1938)

L'Institut a adopté, à Munich en 1883, en 15 articles, un ensemble de « *Règles relatives au conflit des lois pénales en matière de compétence* [1] ».

Ces règles concernent :

a) D'une part, les principes de *compétence pénale dans l'espace :* ce sont les articles 1 à 11 ;

[1] Voir *Annuaire*, 7e vol., 2e édit., pp. 156 à 160, ou *Tableau général 1904-1914*, p. 348 et ss.

b) D'autre part, l'*effet à attacher aux jugements étrangers :* ce sont les articles 12 à 15.

Lors de sa session à New-York, en 1929, l'Institut a décidé de procéder à la révision des Résolutions de Munich, en commençant par celles qui concernent la compétence pénale dans l'espace (art. 1 à 11). L'étude de cette question a été confiée à la 16e Commission et a été portée à l'ordre des délibérations de l'Institut à la session de Cambridge de 1931. Celles-ci ont abouti à l'adoption de 5 articles, destinés à remplacer les articles 1 à 11 des Résolutions de Munich de 1883 [1].

Article premier

La loi pénale d'un Etat régit toute infraction commise sur son territoire, sous réserve des exceptions consacrées par le droit des gens.

Article 2

La loi d'un Etat peut considérer une infraction comme ayant été commise sur son territoire aussi bien lorsqu'un acte de commission ou d'omission qui la constitue y a été perpétré ou tenté que lorsque le résultat s'y est produit ou devait s'y produire.

Cette règle est aussi applicable aux actes de participation.

Article 3

Chaque Etat a le droit d'étendre sa loi pénale à toute infraction ou à tout acte de participation délictueuse commis par ses nationaux à l'étranger.

---

[1] Voir *Annuaire* de 1931, t. 36, vol. I, pp. 87 à 162 et vol. II, pp. 109 et ss. et 235 et ss. Voir aussi Mercier : *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1931, nº 3, ou tirage à part, p. 54.

Article 4

Tout Etat a le droit de punir des actes commis en dehors de son territoire, même par des étrangers, lorsque ces actes constituent :

a) un attentat contre sa sécurité ;

b) une falsification de sa monnaie, de ses timbres, sceaux ou marques officiels.

Cette règle est applicable lors même que les faits considérés ne sont pas prévus par la loi pénale du pays sur le territoire duquel ils ont été commis.

Article 5

Tout Etat a le droit de punir des actes commis à l'étranger par un étranger découvert sur son territoire, lorsque ces actes constituent une infraction contre des intérêts généraux protégés par le droit international (tels que la piraterie, la traite des noirs, la traite des blanches, la propagation de maladies contagieuses, l'atteinte à des moyens de communication internationaux : canaux, câbles sous-marins, la falsification des monnaies, instruments de crédit, etc.), à condition que l'extradition de l'inculpé ne soit pas demandée ou que l'offre en soit refusée par l'Etat sur le territoire duquel le délit a été commis ou dont l'inculpé est ressortissant.

* * *

La suite de la révision des Résolutions de Munich a été confiée à la 16e Commission sous le titre : « *De la portée extraterritoriale des sentences répressives étrangères* », avec la mention : « Suite de la révision des Résolutions de Munich 1883 ».

La tâche de cette commission est donc nettement délimitée. Il s'agit de reprendre le texte des articles 12 à 15 de Munich, afin d'examiner si ceux-ci appellent des modifications ou adjonctions, soit en raison des articles 1 à 5 adoptés à Cam-

bridge en lieu et place des anciens articles 1 à 11, soit, d'une façon générale, en raison de l'évolution du droit pénal international depuis 1883. Il faudra, en outre, opérer la soudure numérative des articles adoptés à Cambridge et de ceux qui remplaceront ou compléteront les articles 12 à 15 de Munich.

I.

Texte des articles 12 à 15 de Munich

Pour la facilité des choses, il convient de donner ici le texte des articles soumis à la révision.

Article 12 des Résolutions de Munich

Cet article est ainsi conçu :

« *Art. 12. — Les peines prononcées par jugement régulier des tribunaux d'un Etat quelconque, même non compétent, mais dûment subies, doivent empêcher toute poursuite dirigée à raison du même fait contre le coupable.* »

« *Seraient exceptés, toutefois, les délits contre la sûreté des Etats et ceux mentionnés ci-dessus à l'art. 8* [1] ».

« *Une peine subie seulement en partie, s'il n'y a pas eu remise du reste, n'entraverait pas la poursuite devant les tribunaux d'un autre pays.* »

« *Cependant, dans ce cas, on offrira l'extradition même d'un national, lorsqu'il y a extradition entre les pays respectifs et que le coupable préfère l'extradition ; excepté seulement les cas de crimes et délits contre la sûreté de l'Etat et ceux mentionnés, ci-dessus, à l'art. 8.* »

---

[1] Cet alinéa 2 de l'art. 12 excepte de la règle « *non bis...* » les délits « *mentionnés à l'art. 8* ». Cette référence à l'art. 8 est due, sans doute, à une erreur. Elle s'expliquait dans le projet de von Bar et Brusa, projet dont l'art. 8 mentionnait, à côté des délits contre la sûreté de l'Etat, « *certains autres faits commis à l'étranger...* ». Mais, lorsque cet art. 8

« *Toutes les fois qu'il y a lieu d'exercer de nouvelles poursuites après un jugement prononcé à l'étranger, on tiendra compte de la peine que le coupable a déjà subie du chef du même fait. L'appréciation du tribunal quant à mitigation de la peine, dans ces cas, sera souveraine.* »

Art. 13 des Résolutions de Munich

Cette disposition a la teneur suivante :

« *Art. 13. — Les acquittements prononcés du chef d'insuffisance des preuves produites contre l'accusé seraient valables partout. De même, les grâces* (sic) *accordées par le souverain d'un pays ayant sous sa main le coupable.* »

« *Les acquittements motivés par la non-criminalité du fait auraient même force que la loi du pays déclarant non punissable ce même fait* [1] ».

---

est entré en discussion, à Munich, le rapporteur von Bar a abandonné son texte et est revenu aux termes de la résolution de Bruxelles, de 1879, disant : « Tout Etat a le droit de punir les faits commis même hors de son territoire et par des étrangers en violation de ses lois pénales, alors que ces faits constituent une atteinte à *l'existence sociale de l'Etat en cause et compromettant sa sécurité* et qu'ils ne sont point prévus par la loi pénale du pays sur le territoire duquel ils ont eu lieu ». Cette résolution de Bruxelles est devenue, textuellement, l'art. 8 des résolutions de Munich, auquel se réfère notre alinéa 2 de l'art. 12 ci-dessus. Or, on le voit, cet art. 8 n'ajoute rien aux délits mentionnés au deuxième alinéa de l'art. 12 sous les mots « *les délits contre la sûreté des Etats* ». Il semble donc bien que ce soit par inadvertance que cette référence à l'art. 8, justifiée dans le projet von Bar-Brusa, a survécu à la modification apportée à cet article.

[1] Ce deuxième alinéa doit, d'après le commentaire de l'art. 12 donné par le rapporteur von Bar, être lu comme s'il était rédigé ainsi : Les acquittements motivés par la non-criminalité du fait auraient même force que la loi du pays *où l'acte a été commis et jugé* déclarant non punissable ce même fait.

« *S'il y avait doute quant à la portée du jugement, la présomption serait en faveur du prévenu.* »

« *La prescription est traitée de la même manière que l'acquittement motivé par la non-criminalité.* »

« *Ces règles ne s'appliquent pas aux délits contre la sûreté de l'Etat ni aux cas exceptionnels mentionnés à l'art. 8* [1] ».

Art. 14 des Résolutions de Munich

Son texte est le suivant :

« *Art. 14. — L'exécution de la peine ne peut jamais avoir lieu en dehors du pays où le jugement est prononcé, sauf le cas d'une convention internationale ou conclue entre les membres d'un Etat formant un système fédératif.* »

Art. 15 des Résolutions de Munich

Cet article est libellé ainsi :

« *Art. 15. — L'aggravation de la peine à raison de récidive, quand la condamnation antérieure est émanée d'un tribunal étranger, ne peut être appliquée qu'après examen préalable de l'infraction antérieure. Cependant, selon l'avis du tribunal, le dossier de l'instruction étrangère pourra suffire. Le tribunal, vu les circonstances et les doutes soulevés, pourra écarter souverainement la question d'aggravation à raison de récidive.* »

II.

Etude des art. 12 à 15 de Munich

L'étude analytique de ces articles suit celle des art. 1 à 11 qui a été présentée à l'Institut à Cambridge en 1931. — Pour éviter des répétitions, qu'il soit permis de se référer, pour l'analyse de ces art. 12 à 15 aux pages 101 à 106 du tome 36, vol. I, de l'Annuaire de 1931. — Sans revenir sur la genèse

[1] Même observation que sous note 1, p. 300.

de ces quatre articles, qu'il suffise ici de préciser que ces dispositions considèrent trois aspects du problème des effets positifs ou négatifs qu'il conviendrait d'attacher ou de ne pas attacher aux décisions judiciaires étrangères en matière répressive, savoir :

1) La question de l'effet d'une *condamnation* (art. 12) ou d'un acquittement (art. 13) prononcé dans un Etat sur le droit de poursuite d'un autre Etat contre le même individu, pour les mêmes faits : application ou non-application de la règle « *non bis in idem* ».

2) La question de l'*exécution* ou de la *non-exécution* dans un Etat d'une peine prononcée dans un autre Etat (art. 14).

3) Enfin la question de l'effet d'une condamnation étrangère au point de vue de la *récidive* (art. 15).

Première question (art. 12 et 13)

Cette première question (« *non bis in idem* ») se présente dans tout système général d'application de la loi pénale dans l'espace qui admet plusieurs principes ou facteurs de compétence, sans établir entre eux une hiérarchie.

Or c'est le cas du système général d'application de la loi pénale dans l'espace adopté par l'Institut en 1883. On se rappelle, en effet, que, par ses Résolutions de Munich (art. 1 à 11), l'Institut a admis, à côté du principe de la *territorialité* (au sens positif), celui de la *personnalité active* (ou de la nationalité), celui de la *personnalité passive* sous la forme de la protection de l'Etat contre les infractions menaçant sa sécurité, et, dans une certaine mesure, les principes de l'*universalité*, de la *connexité* et de l'*indivisibilité*. Et, entre ces divers facteurs de compétence, l'Institut n'a fixé expressément aucune hiérarchie, contrairement à ce qu'aurait voulu Charles Brocher.

L'éminent jurisconsulte reconnaissait la prédominance de la compétence territoriale, qui ne saurait être tenue en échec par une compétence « personnelle », d'un caractère en quelque sorte subsidiaire : dans le cas d'un concours de ces deux compétences, le principe de droit interne « *non bis in idem* » ne saurait être opposé à la compétence territoriale. Ce principe serait aussi sans application entre compétences reposant sur des bases égales. Ce système édifié sur une base juridique ne put pas être présenté à Munich par Brocher, gravement atteint par la maladie. L'Institut ne fut saisi que des propositions des rapporteurs von Bar et Brusa, basées sur le principe de l'expiation. — Précisées dans les art. 12 et 13 transcrits ci-dessus, elles reviennent, en résumé, à admettre, dans le plan international, l'application de la règle de droit interne « *non bis in idem* » quels que soient les principes de compétence qui entrent en conflit, à la seule condition que la peine prononcée à l'étranger ait été *subie* (sinon le principe d'expiation n'est pas satisfait), et en excluant de la règle les *délits contre la sûreté de l'Etat.*

Ainsi donc, dans le système de Munich, une compétence exercée, dans un Etat, au nom du principe de la personnalité, par exemple, exclurait la possibilité, dans un autre Etat, d'une poursuite qui pourrait se prévaloir du principe de la territorialité. — Et, inversement, une poursuite exercée, dans un Etat, au nom du principe de la territorialité ferait obstacle à une nouvelle poursuite, dans un autre Etat qui pourrait se prévaloir du principe de la personnalité. — Bien plus, une condamnation prononcée dans un Etat, même en dehors de tout principe de compétence, empêcherait toute nouvelle poursuite pour le même fait contre le même individu.

Ce n'est donc pas un système de *hiérarchie des compétences* que consacrent les art. 12 et 13 de Munich ; mais c'est un système de *priorité d'exercice* d'une compétence, ou même

de *priorité d'exercice de l'action pénale* tout simplement, abstraction faite de toute compétence.

Une exception à ce système inspiré du principe d'expiation est admise par le 2me alinéa de l'art. 12 de Munich, lorsqu'il s'agit de délits *contre la sûreté de l'Etat*. Dans ce cas, la règle « *non bis in idem* » ne trouverait pas son application. La poursuite d'une telle infraction dans un Etat — au nom d'un principe quelconque de compétence et, *a fortiori*, en l'absence de tout principe de compétence — ne pourrait pas empêcher le principal Etat intéressé d'exercer de nouvelles poursuites pour les mêmes faits et contre le même individu. Mais alors on devra tenir compte au condamné de la peine déjà subie par lui du même chef. (Art. 12, al. 5.) Le sentiment d'équité est ainsi satisfait.

Il n'est pas nécessaire de pousser plus loin l'analyse des art. 12 et 13 de Munich. Ce qui précède suffit pour l'instant à l'objet de ce rapport. Il s'agit maintenant de rechercher si ces dispositions doivent être maintenues telles quelles ou si elles doivent être modifiées et complétées à la suite de la révision des articles 1 à 11 de Munich opérée à la session de Cambridge, en 1931, ou en raison soit de leur insuffisance, soit de l'évolution du droit pénal international depuis 1883.

a

Les modifications apportées par l'Institut, à Cambridge, aux dits articles 1 à 11 de Munich n'imposent logiquement aucune modification des art. 12 et 13.

En effet, les art. 1 à 5 que l'Institut a substitués, à Cambridge, aux art. 1 à 11 de Munich, admettent, comme ceux-ci, une *pluralité de principes de compétence pénale dans l'espace* et ces principes sont les mêmes : territorialité, personnalité active, personnalité passive lorsqu'il s'agit de certains délits contre l'Etat, et, dans une certaine mesure, universalité, connexité et

indivisibilité. Et, comme les Résolutions de Munich, celles de Cambridge n'établissent pas une *hiérarchie* entre ces divers principes de compétence. De sorte que ce sont les mêmes conflits qui peuvent se présenter sous le régime des Résolutions de Cambridge que sous le régime de Munich.

b

Mais si les modifications apportées par l'Institut aux art. 1 à 11 de Munich n'imposent pas logiquement la modification des art. 12 et 13, il convient d'examiner si ces dernières dispositions sont satisfaisantes et si elles sont suffisantes au regard du droit pénal international.

Pour cela, il est utile de voir de plus près différentes possibilités de conflit de compétence pénale dans l'espace dans un régime qui admet une pluralité de normes de compétence sans établir de hiérarchie entre elles. Les Résolutions de Munich n'ont pas procédé ainsi. Elles ont admis purement et simplement l'application de la règle « *non bis in idem* » au nom du principe d'expiation, quelles que soient les normes de compétence qui entrent en conflit, sous une seule réserve à l'égard des délits contre la sûreté de l'Etat. Un examen plus détaillé, non pas de toutes les éventualités imaginables, mais des cas les plus importants de conflit, paraît nécessaire.

Ces cas paraissent être spécialement les suivants :

a) Conflit entre le principe de la *territorialité* et celui de la *personnalité passive*. (Pour la définition de ces expressions, v. Annuaire de 1931, t. 36, vol. 1, pp. 92 et 93.)

Exemple : Sur le territoire d'un Etat « A » une infraction est commise contre la sûreté d'un Etat « B » (soit par un ressortissant de « A », soit par un ressortissant de « B », soit par un ressortissant d'un autre Etat « C »). — Si l'Etat « B » consacre dans sa législation pénale le principe de la personnalité passive (ou de la protection), deux questions peuvent se présenter :

1° Un jugement (soit de condamnation, soit d'acquittement) prononcé dans l'Etat « A » fera-t-il obstacle à une poursuite dans l'Etat « B » ?

2° Un jugement prononcé dans l'Etat « B » empêchera-t-il une poursuite dans l'Etat « A » ?

En outre, selon que l'auteur de l'infraction serait un ressortissant ou de l'Etat «A» ou de l'Etat «B» et que ces Etats consacreraient dans leur loi pénale le principe de la *personnalité active*, conviendrait-il de tenir compte de ce renforcement apporté au principe de la territorialité, dans le premier cas, et au principe de la personnalité passive, dans le second cas ?

b) Conflit entre le principe de la *territorialité* et celui de la *personnalité active*.

Exemple : Sur le territoire d'un Etat « A » un ressortissant de l'Etat «B » commet une infraction (réprimée par la législation des deux Etats). Si la loi de l'Etat « B » consacre le principe de la personnalité active, les deux questions peuvent se poser :

1° Un jugement intervenu dans l'Etat « A », lieu du délit, paralysera-t-il l'action pénale dans l'Etat « B », Etat national du délinquant ?

2° Un jugement rendu dans l'Etat « B » s'opposera-t-il à une poursuite en « A » ?

c) Conflit entre le principe de la *personnalité passive* et le principe de la *personnalité active*.

Exemple : En dehors du territoire de tout Etat, en territoire sans maître, un ressortissant de « A » commet une infraction contre « B » ou contre un ressortissant de « B ». — Un jugement des tribunaux de l'Etat « A » saisis en application du principe de la personnalité passive exclurait-il une poursuite dans l'Etat « B », qui consacrerait le principe de la personnalité active, et *vice versa* ?

d) Conflit entre les trois principes de la *territorialité*, de la *personnalité passive* et de la *personnalité active*.

Exemple : Sur le territoire de l'Etat « A » une infraction dirigée contre l'Etat « B » est commise par un ressortissant de l'Etat « C ». — Si ce dernier consacre dans sa législation le principe de la personnalité active (ou de la nationalité) et si l'Etat « B » a le principe de la personnalité passive, l'auteur de l'infraction considérée pourrait se trouver justiciable des tribunaux répressifs de ces trois Etats. — Des poursuites exercées dans l'un d'eux et ayant abouti à un jugement soit de condamnation, soit d'acquittement excluraient-elles de nouvelles poursuites, pour le même fait, contre le même individu, dans les deux autres pays ?

e) Conflit entre compétences *territoriales*. Le principe, même unique, de la territorialité, en effet, peut conduire à des compétences multiples.

C'est le cas, par exemple, lorsqu'une activité criminelle s'étend sur le territoire de plusieurs Etats, ou lorsque l'acte et le résultat se produisent sur des territoires différents et que le lieu de l'acte et celui du résultat sont tous deux considérés comme lieu du délit. C'est aussi le cas, lorsqu'il y a des actes de coparticipation à un même délit et que ces actes sont commis sur différents territoires, ainsi que, parfois, en matière de connexité ou d'indivisibilité.

g) Conflit entre le principe de l'*universalité* et l'un ou l'autre des principes de compétence indiqués ci-dessus.

Ce cas ne semble pas très important, le principe de l'universalité n'étant le plus souvent prévu par le droit positif qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire en prévision de l'éventualité où un individu ne pourrait pas être jugé ailleurs qu'au for de son arrestation.

* * *

D'autres conflits de compétence pourraient être imaginés. Mais ceux qui précèdent paraissent suffisants pour permettre

de répondre à la question de savoir si les art. 12 et 13 de Munich doivent être révisés et complétés.

* * *

L'évidence même impose une réponse affirmative : la Résolution de Munich doit être révisée. Le principe d'expiation sur lequel elle se fonde n'est pas un principe juridique et il il n'est pas possible de résoudre en son nom les multiples cas de conflit de compétence pénale. Au surplus, si le principe d'expiation est mis à la base du droit criminel, comment justifier la dérogation que le 2me alinéa de l'art. 12 de Munich y apporte à l'égard des délits contre la sûreté de l'Etat ? Ou le principe d'expiation est absolu, ou il n'est pas. La moindre dérogation entraîne son effondrement. L'intérêt de l'Etat, qui justifie l'exception apportée par le 2me alinéa de l'art. 12, pourrait être invoqué dans maints autres cas de conflit de compétence pénale. Il peut y avoir, par exemple, le plus grand intérêt pour l'ordre social d'un Etat, pour sa sécurité publique, à ce qu'un crime commis sur son territoire soit poursuivi devant ses tribunaux, lors même que ce crime serait déjà l'objet d'un jugement rendu à l'étranger. Le principe de la territorialité, qui reconnaît à la juridiction pénale d'un Etat le droit de juger toute infraction commise sur son territoire, n'est-il pas essentiel et pourrait-il être tenu en échec par le prétendu principe d'expiation ? Ou bien, dans certains cas, le principe de la personnalité soit active soit passive (au sens large) ne touchera-t-il pas à un intérêt supérieur de l'Etat, à son bon ordre, et ne justifiera-t-il pas à son tour une dérogation à la règle d'expiation ? — De telle sorte que le principe de l'intérêt public, qui, dans le système de l'art. 12, al. 2, doit justifier une exception à la règle posée par le 1er alinéa, apparaît au contraire comme devant être le principe primordial qui doit présider à la solution des conflits de compétence pénale. C'est

l'idée de défense sociale contre le crime, de protection de l'ordre public, de sécurité de l'Etat et des individus qui est à la base du droit pénal. Tout Etat souverain a le droit et le devoir vis-à-vis des autres Etats d'assurer sur son territoire cet ordre social, cette sécurité, en recourant, s'il le juge nécessaire, à des mesures répressives. Responsable de son ordre public, il doit pouvoir choisir les moyens de le maintenir, fixer les règles propres à le garantir.

C'est en raison de ce droit et de cette responsabilité que chaque Etat délimite dans sa loi pénale l'étendue d'application de celle-ci dans l'espace (territorialité, personnalité active, personnalité passive, etc...), de façon à assurer la protection de la loi dans tous les cas où l'ordre public et la sécurité sociale la réclament. Dans cette défense contre le crime, l'Etat ne peut compter que sur lui-même, dans l'état actuel du droit international et particulièrement du droit pénal international. Et, après avoir fixé les principes de compétence de sa loi pénale dans l'espace, l'Etat ne peut pas ensuite en subordonner l'application à des conditions qui dépendraient non plus de lui, mais d'un autre Etat : car alors il ne serait plus maître de son ordre social. Ou, du moins, il ne peut pas le faire unilatéralement ; il ne le peut qu'au moyen d'un *traité*, qui lui donne certaines *garanties*, telles que celle de la *réciprocité*. Ou bien encore, il peut le faire, c'est-à-dire qu'il peut renoncer à l'application d'un principe de compétence de sa loi pénale dans l'espace, dans tel cas concret où il *requiert lui-même* un autre Etat d'exercer des poursuites pénales contre l'auteur de telle infraction considérée qui intéresse son ordre public. Par exemple, l'Etat « A », sur le territoire duquel une infraction a été commise, peut demander à l'Etat « B » de poursuivre l'auteur de cette infraction qui est un ressortissant de « B » et qui s'est réfugié sur le territoire de celui-ci. Ou bien encore, l'Etat « A » peut requérir l'Etat « B » d'exercer des poursuites

contre l'auteur (quelle que soit sa nationalité) d'une infraction (quel que soit son lieu de commission) dirigée contre un ressortissant de « A » et qui se trouve sur le territoire de « B ». — En renonçant, en pareil cas, à faire usage d'une règle de compétence consacrée par sa loi pénale, l'Etat est juge des exigences de son ordre social.

Ce principe fondamental du droit, pour tout Etat, d'inscrire dans sa loi pénale et d'appliquer les règles de compétence dans l'espace qu'il estime nécessaires à sa défense sociale contre le crime — en respectant la souveraineté des autres Etats — ne paraît pas contestable. En revanche, on peut se demander si ce principe devrait céder devant un autre principe supérieur : celui de l'autorité de la chose jugée, soit devant la règle « *non bis in idem* ».

* * *

De la règle « *non bis in idem* »

Cette règle se trouve consacrée, on le sait, dans la plupart des pays, soit par un texte législatif, soit par la jurisprudence appuyée sur la doctrine.

Il ne peut être question d'entreprendre dans ce rapport l'étude de cette règle, qui exigerait un volume entier.

Qu'il suffise de constater, en premier lieu, que cette règle n'est pas comprise partout de la même façon, et, en second lieu, que ses conditions d'application ne sont pas identiques dans tous les pays.

D'une façon générale, cependant, on peut dire, d'une part, que cette règle veut qu'une personne définitivement jugée pour un fait considéré ne puisse pas être l'objet d'une nouvelle poursuite répressive pour le même fait. — D'autre part, pour que la règle soit applicable, il faut qu'il y ait *identité des parties* et *identité de cause*.

Au nombre des législations qui consacrent expressément la règle « *non bis...* » en droit interne, il n'en est que de rares — à notre connaissance — qui la donnent expressément aussi comme règle de droit pénal international.

Sur cette question de la portée internationale de l'adage « *non bis...* », les législations présentent une grande diversité.

Les unes n'ont aucune disposition à ce sujet.

D'autres législations appliquent ce principe aux *seuls* délits commis *à l'étranger* (à l'exclusion donc des infractions commises sur territoire national), en le limitant parfois à *certains* délits commis à l'étranger, ou, au contraire, en l'étendant à tous ces délits.

Certaines législations refusent absolument l'application de ladite règle aux jugements étrangers.

Dans plusieurs législations le principe « *non bis* » est implicitement refusé sur le plan international par une disposition qui, admettant la possibilité de doubles poursuites, prescrit ou recommande aux seconds juges de tenir compte d'une peine déjà subie, à l'étranger, pour le même fait.

Dans les pays où la règle « *non bis* » est considérée, ou par la loi ou par la jurisprudence, comme impliquant non seulement l'identité de cause, mais aussi l'identité des parties, son application sur le plan international doit être le plus souvent exclue pour défaut d'identité des parties.

L'Etat au nom duquel l'action publique est exercée n'est en effet pas le même dans les deux poursuites. Et l'épuisement du droit de poursuite de l'un ne saurait exclure, en principe, le droit de poursuite de l'autre. Il ne pourrait guère en être autrement qu'en vertu d'un traité international (bilatéral ou multilatéral) ou en vertu d'une sorte de délégation de pouvoir résultant du fait que l'un des Etats considérés aurait requis l'autre Etat d'exercer des poursuites.

Enfin il n'est pas sans intérêt de rappeler ici que maints

traités d'extradition consacrent dans une certaine mesure le principe « *non bis* », en autorisant l'Etat « requis » à refuser l'extradition pour une infraction qui relève aussi de la compétence de ses propres tribunaux ; ou bien aussi on trouve la clause en vertu de laquelle l'Etat « requis » qui refuse l'extradition doit s'engager à juger lui-même l'inculpé, mais avec la faculté d'exiger de l'Etat « requérant » l'engagement de ne pas juger à nouveau le même inculpé pour le même fait. — Mais ces dispositions contractuelles sont loin d'avoir un caractère universel.

Cet aperçu sommaire de la règle « *non bis in idem* » suffit, semble-t-il, pour permettre de conclure qu'il n'y a pas là un principe supérieur et général de droit international qui vienne limiter le droit des Etats de fixer et d'appliquer les règles de compétence, dans l'espace, de leur loi pénale telles qu'ils les jugent nécessaires à la défense de leur sécurité et au maintien de leur ordre social.

En revanche, le principe d'équité dont s'inspire, en droit interne, l'adage « *non bis in idem* » doit être retenu à un double point de vue :

A. — D'une part, il est désirable que les Etats limitent eux-mêmes l'*exercice* de leur droit d'engager de nouvelles poursuites aux cas où leur ordre public l'exige. L'appréciation de cette question d'opportunité appartiendra tout naturellement, semble-t-il, au ministre de la justice — ainsi qu'en disposent déjà plusieurs législations. C'est lui aussi qui peut le mieux apprécier les conditions de bonne justice offertes par les premières poursuites et celles qu'offriraient de nouvelles poursuites (notamment au point de vue de l'administration des preuves).

Les principes d'application de la loi pénale dans l'espace n'auront ainsi pas le caractère de règles impératives qui s'imposent au juge. Ils doivent simplement fournir aux Etats la

possibilité d'assurer l'application de la loi pénale dans les circonstances infiniment variées qui se présentent.

B. — D'autre part, le principe d'équité qui est à la base de la règle « *non bis in idem* » en droit interne conduit à prescrire qu'en cas de doubles poursuites pour le même fait, contre le même individu, le juge tiendra compte de la peine déjà subie à l'étranger.

Cette disposition se trouve dans maintes législations déjà.

* * *

Les considérations qui précèdent doivent conduire à réviser et compléter les art. 12 et 13 des Résolutions de Munich en ajoutant aux art. 1 à 5 adoptés à Cambridge (1935) les dispositions suivantes :

Art. 6. — Lorsqu'une infraction a fait l'objet, dans un Etat (« A »), d'un jugement définitif (soit de condamnation, soit d'acquittement ou d'absolution), une nouvelle poursuite pour les mêmes faits et contre la même personne ne peut être exercée dans un autre Etat (« B ») — en application des règles qui précèdent — que sur l'ordre du ministre de la justice.

Alinéa 2 : Si de nouvelles poursuites aboutissent à une condamnation, le juge tiendra compte de la peine déjà subie par le condamné à l'étranger pour la même infraction.

Art. 7. — Si une poursuite pénale a été engagée dans un Etat (« A ») à la requête d'un autre Etat (« B ») et a abouti à un jugement définitif (soit de condamnation, soit d'acquittement ou d'absolution), une nouvelle poursuite ne peut plus être exercée dans ce dernier Etat (« B ») pour le même fait et contre la même personne.

Toutefois, en cas de condamnation dans l'Etat « A », le condamné, s'il n'a pas subi intégralement sa peine et si celle-ci n'est pas éteinte (notamment par l'amnistie, la grâce ou la prescription), subira la peine prononcée ou ce qui lui restait à subir de

cette peine. — Si celle-ci ne peut pas être exécutée dans l'Etat « B », celui-ci pourra exercer une nouvelle poursuite sur l'ordre du ministre de la justice. Dans cette poursuite, le nouveau juge, s'il condamne, tiendra compte de la peine déjà subie pour la même infraction.

AVANT-PROJET DE RÉSOLUTIONS

L'Institut de Droit international, poursuivant la révision de ses Résolutions de Munich (1883) concernant le conflit des lois pénales en matière de compétence, révision partiellement réalisée dans sa session de Cambridge de 1935, estime qu'il y a lieu de modifier les articles 12 et suivants adoptés à Munich en complétant les articles 1 à 5 votés à Cambridge par les dispositions suivantes :

Art. 5. — Lorsqu'une infraction a fait l'objet, dans un Etat (« A »), d'un jugement définitif (soit de condamnation, soit d'acquittement ou d'absolution), une nouvelle poursuite pour les mêmes faits et contre la même personne ne peut être exercée dans un autre Etat (« B ») — en application des règles qui précèdent — que sur l'ordre du ministre de la justice.

Alinéa 2 : Si de nouvelles poursuites aboutissent à une condamnation, le juge tiendra compte de la peine déjà subie par le condamné à l'étranger pour la même infraction.

Art. 7. — Si une poursuite pénale a été engagée dans un Etat (« A ») à la requête d'un autre Etat (« B ») et a abouti à un jugement définitif (soit de condamnation, soit d'acquittement ou d'absolution), une nouvelle poursuite ne peut plus être exercée dans ce dernier Etat (« B ») pour le même fait et contre la même personne.

Toutefois, en cas de condamnation dans l'Etat « A », le condamné, s'il n'a pas subi intégralement sa peine et si celle-ci n'est

pas éteinte (notamment par l'amnistie, la grâce ou la prescription), subira la peine prononcée ou ce qui lui restait à subir de cette peine. — Si celle-ci ne peut pas être exécutée dans l'Etat « B » , celui-ci pourra exercer une nouvelle poursuite sur l'ordre du ministre de la justice. Dans cette poursuite, le nouveau juge, s'il condamne, tiendra compte de la peine déjà subie pour la même infraction.

* * *

Vœu : Il serait très désirable que les Etats concluent des traités (bilatéraux ou multilatéraux) par lesquels ils fixeraient réciproquement la portée extraterritoriale de leurs sentences répressives.

C.

Rapport complémentaire de M. H. Donnedieu de Vabres

(Décembre 1938)

Le présent rapport a pour objet :

1° de formuler, à titre d'opinion personnelle, une réserve relative à la proposition de M. Mercier (art. 6 de son projet de Résolutions) concernant l'autorité négative de la chose jugée attachée aux jugements répressifs étrangers (portée extraterritoriale de la règle *Non bis in idem*).

2° d'exposer les motifs des propositions qui nous sont communes concernant l'autorité positive de la chose jugée (effets des jugements étrangers aux points de vue des déchéances et incapacités qui en résultent, de la récidive, du sursis, de l'exécution des condamnations civiles).

I.

La proposition de M. Mercier (art. 6 de son projet de Résolutions) admet qu'en aucun cas une sentence pénale, même définitive, intervenue à l'étranger, ne met obstacle absolu à l'exercice d'une nouvelle action, à raison de la même infraction, et contre la même personne. Un renouvellement de la poursuite est toujours possible, *sur l'ordre du ministre de la Justice*. Cette proposition ne distingue ni suivant la nature de l'infraction qui a déterminé la condamnation dont il s'agit, ni suivant le lieu de cette infraction, ni suivant la nationalité de son auteur.

Je pense, pour ma part, que l'intérêt de la communauté internationale commande d'admettre, dans certains cas, qu'une sentence pénale étrangère peut servir de base à l'exception *rei judicatae*, au même titre qu'un jugement émanant des tribunaux de l'Etat.

J'admets volontiers la proposition de M. Mercier quand l'infraction qui a donné lieu à la sentence étrangère a été commise sur le territoire de l'Etat. En pareil cas, en effet, l'Etat peut estimer que l'ordre public territorial est directement en jeu. Bien plus ! Il peut penser qu'un procès qui a eu lieu loin du *locus delicti* s'est déroulé dans des conditions imparfaites, et que ses tribunaux sont naturellement qualifiés pour procéder à un nouvel examen de l'affaire [1]. Si le respect de la *res judicata* étrangère conseille de subordonner le renouvellement de l'action à l'initiative du ministre de la Justice, encore est-il nécessaire que cette initiative puisse s'exercer.

J'admets encore la proposition de M. Mercier quand il

---

[1] En ce sens : le Code pénal italien de 1889, art. 3 ; le Code pénal suisse, art. 3, chiffre 1, al. 2.

s'agit d'une infraction, même commise par un étranger à l'étranger, mais qui appartient aux catégories visées par l'article 4 des Résolutions de Cambridge, c'est-à-dire d'un attentat à la sécurité ou au crédit de l'Etat. Un Etat ne peut s'en remettre entièrement à d'autres de la protection de sa sécurité et de son crédit. Le renouvellement de l'action doit être toujours possible, suivant l'appréciation du ministre de la Justice [1]. Une distinction tenant compte de la nationalité de l'agent, telle qu'on la rencontre dans les articles 5 à 7 du Code d'instruction criminelle français, se défend mal.

Mais la proposition de M. Mercier se justifie-t-elle également à l'égard des sentences pénales étrangères concernant une infraction de droit commun commise, soit par un sujet de l'Etat, soit par un étranger, à l'étranger ? Il est permis d'en douter. C'est le *judex loci* qui a, le premier, connu de l'affaire. L'Etat que nous envisageons ne peut se prévaloir, vis-à-vis d'elle, que d'une compétence secondaire, fondée soit sur la nationalité de l'agent, soit, simplement, sur le lieu de l'arrestation. Les inconvénients qu'offre, en pareil cas, le renouvellement de la poursuite me semblent bien supérieurs aux avantages que, dans des cas très exceptionnels, il est permis d'en attendre. Le sort de l'inculpé dépendra, en définitive, d'un juge qui est le moins qualifié pour se prononcer en toute connaissance de cause, puisqu'il est le plus éloigné du lieu de l'infraction. La réforme d'une sentence qui tenait de la loi en vertu de laquelle elle est intervenue un caractère définitif, pourra froisser des susceptibilités légitimes. Et surtout la contradiction de jugements peut nuire au prestige de la justice.

On exceptera, comme il convient, le cas où le condamné se serait soustrait, par la fuite, à l'exécution de la peine prononcée contre lui par les juges étrangers. Dans ce cas, mais

[1] En ce sens, le Code pénal italien de 1889, art. 4.

dans ce cas seulement, il y aura lieu à l'exercice d'une poursuite.

C'est de ces distinctions que je tiens compte dans les articles 6, 7, 8 et 9 que je propose de substituer à l'article 6 de M. Mercier.

Ces distinctions me paraissent consacrées, à l'heure actuelle, par la grande majorité des législations positives [1].

Le renouvellement de la poursuite n'est autorisé de façon constante, à ma connaissance, que par le Code pénal italien de 1930 [2] qui l'autorise en termes formels, et par le Code pénal polonais [3] qui ne l'exclut pas. Mais ces solutions procèdent d'une orientation étatiste qui, malgré les progrès qu'elle a pu réaliser ces dernières années, ne peut être considérée comme dominante. Si l'on pense que la répression est exercée par chaque Etat dans son intérêt propre, et dans son intérêt exclusif, on admettra sans doute qu'une sentence émanant de juges étrangers n'offre pas à cet intérêt de garanties suffisantes. Le jugement étranger ne met pas obstacle à une nouvelle poursuite, parce qu'il n'y a pas, entre les deux instances, *identité de parties*. Mais ce point de vue méconnaît la distinc-

---

[1] Citons, comme exemples : le Code pénal suédois de 1864, chap. I, § 3 ; le Code d'instruction criminelle français (loi du 27 juin 1866) art. 5, al. 4 ; le Code pénal allemand de 1871, § 5 ; la loi belge du 17 avril 1878, art. 13 ; le Code pénal hongrois des délits et des peines (1878) art. 11 ; le Code pénal néerlandais de 1881, art. 11 ; le Code pénal néerlandais de 1881, art. 68 ; le Code pénal italien de 1889, art. 7 ; le Code pénal russe de 1903, § 10 ; le Code yougoslave de 1929, art. 8 ; le Code pénal danois de 1930, art. 10, al. 3 (cf. art. 8, al. 3 et art. 10, al. 4) ; le Code pénal roumain de 1937, art. 4 ; le Code pénal suisse de 1937/42, art. 4 et ss.

[2] Code pénal italien de 1930, art. 11, al. 2.

[3] Code pénal polonais de 1932, art. 4, § 1 et 11. § 1. — Il faut peut-être ajouter le Code pénal norvégien de 1902, § 13, al. 3 d'où il résulte implicitement qu'un jugement intervenu à l'étranger n'empêche, en aucun cas, une poursuite nouvelle sur le territoire.

tion traditionnelle de la criminalité politique et de la criminalité de droit commun. A l'égard de cette dernière, c'est la notion de justice, et la notion d'utilité sociale — notions indépendantes de la forme étatique — qui guident la répression. Si les jugements répressifs ont une valeur internationale, c'est que l'Etat qui est intervenu le premier, et qui était le mieux qualifié pour intervenir, a représenté, en agissant, tous les autres. Il a défendu des intérêts qui sont communs à tous les Etats.

Nous sommes d'accord pour vous proposer d'admettre que lorsque la poursuite qui a donné lieu à la sentence étrangère a été exercée à la requête de l'Etat, tout renouvellement de la poursuite est exclu [1]. Par cela même qu'il fait appel à la justice étrangère, le Gouvernement s'en remet, implicitement, à son appréciation. Cette règle s'applique même à l'égard des infractions commises sur le territoire, même à l'égard de celles qui menacent la sécurité ou le crédit de l'Etat. Mais il va de soi qu'une demande d'extradition ne serait pas regardée comme équivalente à la requête dont il s'agit. Il va de soi également que si le condamné s'est soustrait, par la fuite, à l'exécution de la sentence, l'exercice de l'action devient possible.

Il convient enfin de préciser que (*sic :* art. 6, al. 2 de Mercier), dans tous les cas de renouvellement de la poursuite, il sera

---

[1] Cf. le Code pénal suisse, art. 3, chiffre 2 :

« *L'étranger poursuivi à l'étranger à la requête de l'autorité suisse ne pourra plus être puni en Suisse pour le même acte ;*

Si le tribunal étranger l'a acquitté par un jugement passé en force ;

S'il a subi la peine prononcée contre lui à l'étranger, si cette peine lui a été remise ou si elle est prescrite. S'il n'a pas subi cette peine, elle sera exécutée en Suisse ; s'il n'en a subi qu'une partie à l'étranger, le reste sera exécuté en Suisse. »

tenu compte, pour la déduire, de la peine ou de la portion de peine [1] et même de la détention préventive [2] précédemment subies à l'étranger. Les sanctions prévues à l'heure actuelle, par les législations, sont trop diverses, pour que cette déduction puisse être ordonnée sur des bases mathématiques. Un pouvoir d'appréciation doit être laissé au juge [3]. On remarquera aussi l'absence de mention, dans notre texte, des *mesures de sûreté*. L'institution est trop récente — elle est absente même de certaines législations — pour qu'il ne soit prématuré de la soumettre à un statut international. Le caractère individuel de ces mesures qui s'adaptent bien moins à la nature et à la gravité de l'infraction qu'au caractère dangereux du déliquant, exclut, en ce qui les concerne, l'imputation et la déduction dont il s'agit.

---

[1] La déduction de la portion de peine subie à l'étranger est prescrite, notamment, par les Codes pénaux autrichien de 1852, § 36 ; danois de 1866, art. 7 ; la loi belge du 17 avril 1878, art. 13, al. 3 ; les Codes italien de 1889, art. 8 ; norvégien de 1902, art. 13 ; polonais de 1932, art. 11, al. 1 ; danois de 1933, art. 10 *in fine ;* roumain de 1937, art. 4, al. 5 ; suisse de 1937, art. 3 *in fine*, 4, al. 2, 5, al. 3, 6, *in fine*.

[2] La déduction de la détention préventive est prescrite par les art. 137 et 138 du Code pénal italien et par l'art. 69 du Code pénal suisse.

[3] Citons, en ce sens, le Code polonais, art. 11, § 1 :

En cas de condamnation, en Pologne, d'une personne punie à l'étranger pour le même acte, le tribunal imputera sur la peine, selon son appréciation, la peine qui a été subie à l'étranger.

Et encore ce projet tchécoslovaque :

§ 66. — *Si le délinquant a été condamné pour une infraction pour laquelle il a déjà subi auparavant une peine privative de liberté infligée par un tribuanl du pays ou étranger, la peine est imputée sur la peine nouvellement infligée. En même temps le tribunal tient compte non seulement de la longueur de la peine, mais encore de la façon dont elle a été subie.*

II.

Reconnaître à une sentence pénale étrangère *l'autorité positive de la chose jugée*, c'est admettre :

1° que des peines accessoires ou complémentaires consistant en des interdictions, incapacités ou déchéances pourront être attachées à la condamnation principale prononcée à l'étranger ;

2° que cette dernière entrera en ligne de compte au point de vue du sursis et de la récidive ;

3° que les condamnations civiles prononcées par des tribunaux répressifs étrangers seront susceptibles d'exécution forcée sur le territoire.

Ces solutions n'ont pas encore intégralement pénétré dans les législations positives, mais elles sont en voie d'introduction progressive. Egalement désireux d'assurer aux décisions judiciaires, en matière pénale, leur maximum d'efficacité, et de sauvegarder les intérêts et les droits de la souveraineté territoriale, c'est une solution moyenne que nous vous proposons d'adopter.

A. — C'est ainsi qu'à l'égard des interdictions, incapacités ou déchéances pouvant s'attacher en qualité de peines accessoires ou complémentaires, obligatoires ou facultatives, à la condamnation prononcée à l'étranger, nous nous refusons à admettre qu'elles produisent de plein droit, par la seule autorité de la loi ou de la sentence étrangère, leurs effets sur le territoire. L'admettre, ce serait, en somme, autoriser l'exécution forcée de sentences pénales étrangères, et devancer, par là, le droit positif. Car si cette exécution se produit, en vertu de conventions internationales qui unissent certains Etats, elle ne revêt encore qu'un caractère exceptionnel.

En revanche, élargissant une idée dont certains législateurs

ont fait application à certaines matières [1], nous ouvrons au ministère public une action spéciale qui permettra d'obtenir le même résultat, dans tout ce qu'il a de conforme, non seulement à la justice, mais aux intérêts du pays où le condamné est venu établir sa résidence.

Notre texte distingue, suivant que ce condamné est un sujet de l'Etat ou un étranger.

Dans le premier cas, c'est, normalement, la loi de l'Etat lui-même, loi nationale du condamné, qui doit déterminer les interdictions, incapacités ou déchéances, devant, ou pouvant s'attacher à la peine principale dont il a été frappé. C'est donc en vertu de la *lex fori* que le ministère public agira, et que les tribunaux prononceront, s'il y a lieu, après un débat contradictoire, les peines accessoires ou complémentaires qu'elle prévoit [2]. Une part est faite cependant à la loi et à l'autorité judiciaires du pays étranger où le jugement a été rendu. Si, dans

---

[1] Citons, comme exemples, les lois françaises du 30 nov. 1892 sur l'exercice de la médecine, art. 24 ; du 1er avril 1923 sur le recrutement de l'armée, art. 4.

[2] En ce sens, notamment, le Code pénal espagnol de 1929, art. 23 : *Si un tribunal étranger prononce contre un citoyen espagnol un jugement de condamnation entraînant une peine privative de droits, pour un délit auquel ce Code attache une peine ou une autre incapacité, les tribunaux espagnols, sur la demande du ministère public et après avoir entendu l'intéressé, pourront déclarer que le jugement étranger produira des effets pénaux en Espagne.*

De même, le Code pénal italien de 1930, art. 12, le projet tchécoslovaque, § 9. Cf. la Résolution adoptée par la Conférence pour l'Unification du Droit pénal (Rome 1928) : *Si un ressortissant X... a été condamné à l'étranger pour une infraction de droit commun qui, d'après la loi X..., impliquerait la prononciation de certaines incapacités, déchéances ou interdictions, le juge X... pourra prononcer les dites incapacités, déchéances ou interdictions prévues par les lois X... pour les infractions dont il s'agit.*

ce pays, l'amnistie ou la réhabilitation ont mis fin à tous les effets secondaires de la condamnation qui est effacée, il serait peu juridique, et il serait excessif d'admettre que ces effets puissent se manifester sur le territoire. L'action spéciale est alors exclue [1].

Dans le second cas, le délinquant condamné à l'étranger étant étranger, c'est sa loi nationale qui, en droit strict, détermine les conséquences, quant aux interdictions, incapacités et déchéances de droits civils, de la peine principale dont il a été frappé. On ne peut imposer aux juridictions de l'Etat sur le territoire duquel le condamné est venu ensuite établir sa résidence, l'application pure et simple de cette loi qui est, pour elles, une loi étrangère. Elle rencontrerait des obstacles tenant à des diversités de droits internes gouvernant la capacité civile, et aux exigences de l'ordre public. Il ne serait pas moins contraire à l'intérêt de l'Etat envisagé qu'un étranger dont on connaît les antécédents judiciaires, et qui est, dans son pays, privé de tout ou partie de ses droits, soit considéré comme étant *integri status*. Le texte que nous vous soumettons contient une solution souple, permettant au juge, après un débat contradictoire, de priver le condamné « *en tout ou partie, de l'exercice ou de la jouissance des droits qui lui ont été retirés par la sentence étrangère* ». C'est de sa loi nationale qu'il lui sera fait application, mais dans la mesure où elle s'accorde avec les exigences de l'ordre public territorial [2].

---

[1] En ce sens, le Code roumain, art. 5, al. 3 : *L'action en déchéance prévue dans les alinéas précédents ne pourra être exercée par le ministère public, si le Roumain a été soit amnistié, soit réhabilité dans le pays où il a commis l'infraction, ou bien si dix années se sont écoulées depuis l'extinction de sa peine à l'étranger, par exécution, grâce ou prescription.*

[2] Voir, en ce sens, le Code pénal italien de 1930, art. 12 : *La sentence pénale étrangère, prononcée pour un délit, peut être reconnue... 2° lorsque la condamnation comporterait, suivant la loi italienne, une peine accessoire.*

Cf. le Code polonais, art. 11, § 2 ; le Code pénal roumain, art. 5 et 6

La rédaction que nous vous proposons suppose que le condamné a été jugé par les tribunaux de l'Etat dont il est sujet. C'est qu'alors la sentence dont il a été l'objet offre des garanties particulières. Nous avons omis le cas, plus compliqué, mais à vrai dire exceptionnel, où l'étranger, actuellement résidant sur le territoire, aurait été condamné, à l'étranger, par les tribunaux d'un Etat tiers. Vous apprécierez s'il convient d'étendre à cette hypothèse l'ouverture de l'action spéciale prévue par le texte que nous vous soumettons [1].

De toute manière, les prescriptions dont il s'agit ne concernent que les condamnations prononcées pour infractions de droit commun. Les interdictions, incapacités et déchéances résultant des condamnations pour délits politiques ne sauraient avoir d'effet hors du territoire où ces condamnations sont intervenues.

B. — Le même esprit de conciliation nous a guidés dans la détermination des effets extraterritoriaux des jugements répressifs étrangers aux points de vue du sursis et de la récidive.

D'une part, il est inadmissible que, suivant l'état actuel du droit positif dans divers Etats [2] et notamment en France [3], les condamnations prononcées à l'étranger soient tenues pour

---

et la résolution suivante, adoptée par la Conférence Internationale pour l'Unification du Droit pénal (Rome 1928) : *L'étranger, puni dans son propre pays pour une infraction de droit commun sera privé en pays X... de l'exercice et de la jouissance des droits qui lui ont été retirés par la sentence étrangère devenue définitive. Cette disposition n'est pas applicable si l'étranger a été condamné par défaut, ou si les incapacités, déchéances ou interdictions prononcées par la sentence étrangère sont contraires à l'ordre public.*

[1] On peut citer, en ce sens, la disposition très générale du Code pénal polonais, art. 11, § 2 : *Le tribunal polonais peut appliquer des mesures de sûreté et se prononcer sur la perte des droits à titre de mesure de sûreté, en raison d'une infraction jugée à l'étranger, indépendamment des lois du lieu où l'infraction a été commise.*

[2] Ainsi en Allemagne, en Belgique, en Hollande, au Japon.

[3] Cass. 27 nov. 1928, S. 29, 1, 16.

inexistantes, lorsqu'il s'agit d'apprécier, en vue du sursis, la qualité de délinquant primaire, ou au contraire d'envisager l'application des sanctions légales de la récidive [1].

D'un autre côté, les divergences qui existent entre les législations positives, quant à la nature et au régime des peines, quant aux conditions d'octroi et aux cas de révocation du sursis, quant aux effets de la récidive, nous interdisaient de prescrire l'assimilation pure et simple des sentences étrangères aux jugements prononcés par les tribunaux de l'Etat.

Nous croyons avoir pris le seul parti raisonnable en ouvrant aux juges la simple *faculté* de prendre en considération, aux divers points de vue qui viennent d'être indiqués, les sentences étrangères [2] et en disant qu'ils le feront dans la mesure où ils l'estimeront juste et opportun. Toutefois, nous avons subordonné la prise en considération du jugement étranger à la condition que l'infraction qui lui a donné lieu soit prévue par la *lex fori* [3].

---

[1] Parmi ces sanctions figurent l'aggravation de la peine prononcée en dernier lieu, et des peines complémentaires, obligatoires ou facultatives, telles que la relégation. On pourrait y comprendre aussi les mesures de sûreté. Nous avons dit ci-dessus pourquoi nous les laissions en dehors de notre examen.

[2] En ce sens, aujourd'hui, le Code pénal italien de 1930, art. 12 : *La sentence pénale étrangère, prononcée pour un délit, peut être reconnue : 1° En vue d'établir la récidive ou tout autre effet pénal de la condamnation, ou de faire déclarer le coupable délinquant d'habitude, de profession ou par tendance...*

[3] Cf. le projet de Code pénal français :

Art. 18. — Il pourra être fait état des sentences pénales étrangères au point de vue de la récidive, de la révocation du sursis, des mesures de sûretés, des incapacités et déchéances, ainsi que des restitutions, dommages-intérêts et autres effets civils, lorsqu'elles auront été rendues à propos de faits qualifiés crimes ou délits par la loi française, et que leur régularité aura été reconnue par un tribunal français. Cette régularité pourra être constatée dans le jugement de condamnation.

C. — La question de l'exécution forcée des condamnations civiles ne soulève guère de difficulté. On n'aperçoit pas de raison d'établir, à cet égard, de différences entre les condamnations dont il s'agit, et les condamnations aux dommages-intérêts prononcées par les tribunaux civils. L'identité de situation est d'autant plus sensible que, dans bien des pays, la personne lésée a un droit d'option entre la voie pénale et la voie civile. On peut même observer que, s'agissant d'une infraction, la condamnation obtenue par la voie pénale offre la garantie supérieure d'une instruction plus complète. Il résulte donc de notre texte que les condamnations civiles émanant de juridictions étrangères seront exécutées aux mêmes conditions et sous les mêmes garanties que les condamnations ordinaires à des dommages-intérêts.

Aux Résolutions qui vous sont soumises nous donnons pour épilogue un vœu tendant à la conclusion d'accords internationaux (bilatéraux ou multilatéraux), dont l'objet est double :

a) fixer la portée extraterritoriale des jugements répressifs dans les rapports mutuels des Etats ;

b) établir un tableau d'équivalence des peines prévues par leurs législations respectives.

Ainsi nous ménageons un régime de transition vers l'application uniforme du système dont nous avons fixé les éléments : et nous préparons l'avènement d'un système plus conforme encore que le nôtre à l'esprit de collaboration internationale. Il n'est pas douteux que s'il s'établissait par voie d'entente un tableau d'équivalence des peines prévues par les législations de divers Etats, l'exécution d'une peine principale prononcée à l'étranger — procédé plus simple et plus économique que l'extradition, ou que l'exercice d'une action spéciale — deviendrait possible, et qu'au point de vue tant des incapacités que de la récidive ou du sursis, il serait tenu un compte moins arbitraire et plus exact des sentences pénales étrangères.

D.

Avant-projet à soumettre aux membres de la 16e Commission

« L'Institut de Droit international poursuivant la révision de ses Résolutions de Munich (1883) [1] concernant le conflit des lois pénales en matière de compétence, révision partiellement réalisée dans sa session de Cambridge de 1935, estime qu'il y a lieu de modifier les articles 12 et suivants adoptés à Munich en complétant les articles 1 à 5 votés à Cambridge par les dispositions énoncées aux art. 6 à 14 [1].

Article premier

La loi pénale d'un Etat régit toute infraction commise sur son territoire, sous réserve des exceptions consacrées par le droit des gens.

Article 2

La loi d'un Etat peut considérer une infraction comme ayant été commise sur son territoire aussi bien lorsqu'un acte de commission ou d'omission qui la constitue y a été perpétré ou tenté, que lorsque le résultat s'y est produit ou devait s'y produire.

Cette règle est aussi applicable aux cas de participation.

---

[1] Dans le texte figurant ci-après :

a) Les articles 1 à 5 sont les Résolutions *déjà adoptées* par l'Institut de Droit International dans la session de Cambridge. *Ces articles ne sont pas remis en discussion.* Ils sont reproduits ici simplement pour donner une vue d'ensemble.

b) Les articles 6, 7, 8 et 9 sont les dispositions que M. H. Donnedieu de Vabres propose de substituer à l'article 6 proposé par M. Mercier et auxquelles celui-ci s'est rallié par sa lettre du 31 mars.

c) Les articles 10 à 14 et le vœu final sont les dispositions communes des deux projets, telles que nous les avons arrêtées d'un complet accord dans nos entretiens des 26-28 novembre dernier à Paris.

Article 3

Chaque Etat a le droit d'étendre sa loi pénale à toute infraction ou à tout acte de participation délictueuse commis par ses nationaux à l'étranger.

Article 4

Tout Etat a le droit de punir des actes commis en dehors de son territoire, même par des étrangers, lorsque ces actes constituent :

a) un attentat contre sa sécurité ;

b) une falsification de sa monnaie, de ses timbres, sceaux ou marques officiels.

Cette règle est applicable lors même que les faits considérés ne sont pas prévus par la loi pénale du pays sur le territoire duquel ils ont été commis.

Article 5

Tout Etat a le droit de punir des actes commis à l'étranger par un étranger découvert sur son territoire, lorsque ces actes constituent une infraction contre des intérêts généraux protégés par le droit international (tels que la piraterie, la traite des noirs, la traite des blanches, la propagation des maladies contagieuses, l'atteinte à des moyens de communication internationaux, canaux, câbles sous-marins, la falsification des monnaies, instruments de crédit, etc.), à condition que l'extradition de l'inculpé ne soit pas demandée, ou que l'offre ne soit refusée par l'Etat sur le territoire duquel le délit a été commis, ou dont l'inculpé est ressortissant.

Article 6

Lorsqu'une infraction commise sur le territoire d'un Etat par une personne quelconque, a fait l'objet d'un jugement

définitif à l'étranger, une poursuite nouvelle peut être intentée, à raison de cette infraction, sur l'initiative du ministère public.

Article 7

Le tribunal qui, en conséquence de cette poursuite, prononce une condamnation, décide dans quelle mesure il sera tenu compte, pour son exécution, de la peine, de la portion de peine ou de la détention préventive subies précédemment à l'étranger, ainsi que de toute cause de dispense de la peine qui s'est produite à l'étranger.

Article 8

Les règles portées aux articles 6 et 7 s'appliquent également aux actes prévus à l'article 4, alors même qu'ils ont été commis, à l'étranger, par un sujet de l'Etat ou par un étranger.

Article 9

Lorsqu'une infraction appartenant aux catégories non visées à l'article 4 a été commise à l'étranger par un sujet de l'Etat ou par un étranger, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger pour le même fait, et, en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine, ou bénéficié d'une cause de dispense de celle-ci.

Si cette dernière condition n'est pas remplie, il est tenu compte, au cas de renouvellement de la poursuite, de toute portion de la peine et de la détention préventive subie à l'étranger.

Article 10

Lorsqu'une poursuite pénale a été intentée à l'étranger, à la requête de l'Etat, et qu'elle a abouti à un jugement définitif (soit de condamnation, soit d'acquittement ou d'absolu-

tion), aucune poursuite nouvelle ne peut être exercée, pour le même fait, contre la même personne.

Il en est autrement si le condamné s'est soustrait, en tout ou en partie, à l'exécution de la peine. En pareil cas, une poursuite nouvelle peut être intentée, sur l'initiative du ministère public, et la disposition de l'article 7 est applicable.

Article 11

Lorsqu'une juridiction étrangère a prononcé, contre un sujet de l'Etat, pour infraction de droit commun, une condamnation définitive qui entraîne ou peut entraîner, d'après la loi de l'Etat, une interdiction, incapacité ou déchéance, les tribunaux peuvent prononcer cette privation de droits, à la demande du ministère public ou de la personne intéressée, et après avoir entendu le condamné.

Toutefois, l'exercice de cette action spéciale est exclu, si le condamné justifie qu'il a bénéficié, à l'étranger, de l'amnistie ou de la réhabilitation.

Article 12

Sous cette même réserve, et pour le même objet, une action spéciale est ouverte contre l'étranger qui, ayant été frappé dans son pays, pour infraction de droit commun, d'une condamnation définitive, entraînant, d'après sa loi nationale, une interdiction, incapacité ou déchéance, est venu s'établir sur le territoire. L'étranger, ayant été entendu, peut être privé, en tout ou en partie, de l'exercice ou de la jouissance des droits qui lui ont été retirés par la sentence étrangère.

Cette disposition est inapplicable si l'interdiction, incapacité ou déchéance dont il a été frappé est contraire à l'ordre public territorial.

Article 13

Une condamnation étrangère peut être prise en considération au point de vue de l'octroi ou de la révocation du sursis à

l'exécution de la peine, de l'aggravation des sanctions résultant de la récidive, de la réhabilitation judiciaire ou légale, quand l'infraction qui a donné lieu à cette condamnation est prévue par la loi du juge saisi.

Article 14

Les jugements rendus à l'étranger par les tribunaux répressifs pourront produire des effets civils sous les conditions et en observant la procédure établies par la loi de l'Etat où ces jugements étrangers sont invoqués.

E.

Observations des membres de la Commission en réponse à la lettre de M. H. Donnedieu de Vabres

1. — Lettre de M. McNair

Du vice-chancelier
de l'Université de Liverpool,
24 avril 1939

Mon cher Collègue,

Merci pour votre lettre du 18 avril contenant votre rapport préparatoire et le projet de Résolutions sur *la portée extra-territoriale des sentences répressives étrangères.* Mes occupations se sont singulièrement accrues à raison de la situation politique actuelle, et j'ai le vif regret de ne pouvoir accorder à ce document l'attention qu'il mérite et vous communiquer mes observations avant le 10 mai.

Avec mille regrets,

Arnold D. McNair

2. — Lettre de M. Diena

Venise, Fondamenta del Vin 1103 A,
le 25 avril 1939

Monsieur et très honoré Confrère,

Je m'empresse à répondre à votre lettre du 18 avril 1939, après avoir pris connaissance des rapports que vous avez eu l'obligeance de m'envoyer.

Voici les observations que j'ai à faire à leur égard et que je vais vous soumettre :

Votre projet préliminaire finit par un vœu où il est dit qu'il est désirable que les Etats concluent des traités par lesquels, etc. A mon sens, plutôt que formuler un vœu, il serait préférable de déclarer explicitement dans le préambule que les règles suivantes constitueront le contenu de l'avant-projet d'un traité bilatéral ou plurilatéral.

Originairement l'Institut suivait toujours le système de formuler ses Résolutions sous la forme d'un avant-projet de traité. Plus tard, on a suivi bien souvent un système différent, mais je ne crois pas (à moins qu'on ne veuille attribuer à l'Institut une fonction *exclusivement* doctrinale) que le second système soit préférable, car il peut entraîner des méprises ou tout au moins des doutes quant au caractère des Résolutions de l'Institut. Il me semble que M. Mercier, au moins pour le projet dont il est ici question, a manifesté un avis conforme au mien, dans sa lettre du 3 mars 1939 qu'il vous a adressée et dont vous citez un passage dans votre lettre du 18 avril 1939. D'autre part, si l'on vise à réaliser un droit uniforme, le moyen le plus sûr pour y parvenir est celui de conclure, autant que possible, des traités.

* * *

Je porte maintenant mon attention sur l'article 6 du Projet préliminaire d'après lequel, lorsqu'une infraction a fait l'objet

d'un jugement définitif à l'étranger, il appartiendrait dans chaque pays au Ministre de la Justice de décider si une nouvelle poursuite pour la même infraction doit ou non être intentée. A l'appui de ce système, on a cité l'article 11 du Code pénal italien de 1930, mais la citation n'est pas complètement exacte. En effet, d'après cette disposition, s'il s'agit d'une infraction commise sur le territoire italien, une nouvelle poursuite a toujours lieu, *sans besoin d'une requête du Ministre de la Justice*, même lorsque l'inculpé (italien ou étranger) a été l'objet d'un jugement définitif à l'étranger. Au surplus, si au point de vue du droit interne, il peut être utile de confier au Ministre de la Justice la tâche délicate d'apprécier si c'est le cas de renouveler le jugement suivi à l'étranger, lorsqu'on stipule un traité international il est préférable, si c'est possible, d'adopter pour cette matière quelques règles de droit objectif. L'article 11 du Code pénal italien, ci-dessus cité, n'empêcherait pas *à lui seul* l'Italie de participer à un traité de cette nature, car dans le Royaume il est admis que par voie d'un traité, régulièrement approuvé, conformément au droit constitutionnel italien, on peut déroger à une loi. D'autre part, si d'après les dispositions d'un traité un Etat contractant a la faculté de renouveler un jugement pénal suivi à l'étranger, on ne porterait pas atteinte à ce traité si ce même Etat s'abstenait de se prévaloir de cette faculté pour le motif que le Ministre de la Justice du pays n'estimât pas que la rénovation du jugement étranger fût nécessaire.

Je pense comme vous (v. Rapport complémentaire de M. Donnedieu de Vabres) qu'il faudrait à cet égard distinguer suivant la nature de l'infraction, suivant le lieu où elle a été perpétrée et dans certains cas (cas de compétence accessoire) suivant la nationalité de son auteur.

Dans mon opinion, il faut en effet distinguer entre compétence principale et compétence accessoire. En cas de compé-

tence principale il faudrait stipuler que le jugement suivi à l'étranger pourrait être renouvelé dans l'Etat, tandis qu'on pourrait par convention renoncer à la rénovation du jugement suivi à l'étranger en cas de compétence accessoire. Il y aurait compétence principale non seulement dans les cas visés à l'article 4 de votre Projet préliminaire (infractions contre la sécurité politique ou économique de l'Etat), mais aussi dans les cas visés à l'article premier du même Projet (infractions commises sur le territoire de l'Etat). A mon sens, l'article 6 devrait disposer *uniquement* pour ces deux cas et, par conséquent, ne devrait pas avoir la forme d'une règle généralement applicable, cela d'autant plus que vous-même à l'article 9 de votre Projet apportez à la règle dont il est question à l'article 6, des exceptions bien importantes. Au surplus (à l'article 6 du Projet), après avoir affirmé que dans les cas visés aux articles 1 et 4 le jugement peut être renouvelé nonobstant qu'un jugement définitif ait été prononcé à l'étranger, on devrait faire renvoi au droit interne de chaque pays pour décider si pour procéder dans l'Etat à une nouvelle poursuite, une requête du Ministre de la Justice est ou n'est pas nécessaire.

La compétence accessoire concernerait les infractions de droit commun commises à l'étranger et c'est uniquement de celles-ci qu'il devrait être question à l'article 9. Cette dernière disposition devrait naturellement être complétée en ajoutant à la phrase : « infraction appartenant aux catégories non visées à l'article 4 », les mots : « *ni à l'article premier* ».

* * *

A l'article 11 de votre Projet où vous dites : « les tribunaux peuvent prononcer cette privation de droits *à la demande du ministère public et après avoir entendu l'intéressé* », je vous propose de substituer aux mots qui sont soulignés, les mots suivants : « *à la demande du ministère public ou de l'intéressé* ».

Voici la raison d'une telle substitution. Il peut se faire qu'un jugement pénal étranger produise, quant à l'incapacité d'une personne, des effets juridiques même dans le domaine du droit privé. On peut supposer qu'un individu *x* ait été condamné par l'autorité judiciaire d'un Etat étranger B pour avoir attenté à la vie d'un individu *y*. Successivement on discute devant un tribunal d'un Etat A si, après l'ouverture de la succession de l'individu *y*, l'individu *x* a la capacité de succéder aux biens laissés par le *de cujus*, biens se trouvant dans l'Etat A. S'il fallait appliquer l'article 725 n. 2 du Code civil italien de 1865 ou l'article 727 du Code civil français on devrait répondre à cette question négativement. Mais pour aboutir à ce résultat, l'intervention du ministère public ne serait pas, d'après toutes les législations, nécessaire.

* * *

Sur l'article 13. — Je crois que, quant à la procédure à suivre, afin qu'on puisse tenir compte d'un jugement pénal étranger, pour ce qui a trait au sursis et à la récidive, il faut faire renvoi au droit interne de chaque pays.

* * *

Article 14. — Je vous propose de remplacer le texte de cet article, ainsi que vous l'avez libellé, par le texte suivant : « Les jugements rendus à l'étranger par les tribunaux répressifs pourront produire des effets civils sous les conditions et en observant la procédure établies par la loi de l'Etat où ces jugements étrangers sont invoqués ».

D'après le Code de procédure pénale italien de 1930, la procédure à suivre afin qu'un jugement pénal étranger puisse produire des effets civils en Italie, n'est pas égale à la procédure qu'on doit suivre si l'on veut obtenir la reconnaissance de l'exécution d'un jugement civil étranger.

Au surplus, un jugement prononcé à l'étranger par un tribunal répressif peut produire dans le Royaume des effets civils même si les parties intéressées se sont abstenues *devant les juridictions étrangères* de présenter n'importe quelle réclamation civile. Exemple : Dans un pays étranger, à la suite de l'exercice de l'action publique, un individu X a été condamné parce qu'il est l'auteur d'un vol et par le même jugement l'autorité judiciaire étrangère a ordonné que la chose volée soit restituée à son propriétaire. Ce dernier, si la chose volée vient à se trouver en Italie peut, *sur la base du jugement étranger*, demander à l'autorité judiciaire du Royaume que la chose dont il s'agit lui soit restituée, malgré qu'il n'ait fait aucune demande en ce sens devant l'autorité judiciaire étrangère.

Voilà les principales observations que, relativement à votre Projet, j'avais à vous soumettre.

Agréez...

Giulio Diena

3. — Lettre de M. Neumeyer

Munich, le 2 mai 1939

Monsieur et très honoré Confrère,

Je vous remercie sincèrement du rapport intéressant et riche en propositions utiles que vous avez bien voulu m'adresser. Voici les observations modestes que j'ai à vous présenter sur le sujet.

D'abord : s'agit-il dans le projet de poser des règles d'interprétation qui établissent le droit actuel valable en cas de silence de la loi ? J'estime que non. Mais il me paraît être fort désirable de mettre en relief le but de nos propositions sans équivoque, peut-être par une phrase du préambule. Car les solutions qui constatent le droit actuel de la matière, et celles qui devraient être recommandées au législateur ou à des parties contractantes sont (pour moi du moins) différentes.

Article 6. — J'aimerais à reprendre la proposition originelle de M. Mercier. A mon sens, les Etats ont besoin d'un système très souple adapté aux exigences variées de l'espèce et je ne saurais concilier le privilège de l'Etat, lieu du délit, avec une telle exigence. Il peut arriver, par exemple, dans une période de tension que les tribunaux n'accordent pas aux ressortissants d'un certain Etat la protection qu'ils ont le droit d'attendre. Pourquoi désarmer dans ces cas l'Etat national de la partie lésée ?

Article 7. — L'article renferme deux principes : d'abord, pour l'*Etat*, le devoir de mettre en compte la peine étrangère et puis, pour le *juge*, la faculté d'apprécier librement la question de savoir dans quelle mesure il tiendra compte de la peine subie à l'étranger. Ne serait-il pas utile de formuler expressément aussi le premier principe ?

Quant aux dispenses de la peine, elles ne rentreront guère dans le système qu'on recommande ici.

Du reste, il est équitable que l'article puisse être appliqué dans tous les cas de poursuites étrangères, y compris le cas d'une poursuite par un Etat dépourvu de compétence selon la loi du deuxième juge. Il n'est pas superflu de le constater vis-à-vis de la jurisprudence contraire de certains Etats.

Article 8. — A rayer, voir article 6.

Article 9. — A rayer, voir article 6.

Article 10.— D'accord.

Avant article 11.

N'y a-t-il pas une lacune dans l'économie du projet ? Il s'est occupé jusqu'ici de la compétence, pour l'Etat, d'infliger une peine et il va s'occuper de l'effet que d'autres Etats attacheront à certaines peines prononcées par ce premier Etat. N'attendra-t-on pas d'apprendre auparavant dans quelle étendue ces peines mêmes sont à la disposition du premier Etat ?

Les doutes s'imposent pour les peines accessoires (ou consé-

quences légales de peines) d'ordre administratif, constitutionnel et privé. Dans quelle étendue peut-il retirer la faculté d'exercer la profession d'architecte, l'autorisation de prendre part à une élection publique, le droit à la puissance paternelle ? Peut-être pourra-t-on résumer qu'en droit administratif et constitutionnel l'Etat ne dispose à ces fins que des droits qu'il a conférés lui-même (il retirera le droit de vote pour les élections du propre pays, mais non pour celles d'un pays étranger) et cette compétence comprend également la reconnaissance accordée à des droits publics conférés par un Etat étranger. Voici deux exemples puisés dans la pratique : Un tribunal italien a condamné un jour le capitaine d'un navire français coupable d'une collision en mer et lui a retiré son brevet de capitaine ; solution peut-être correcte pour la reprise de la reconnaissance accordée au brevet français quant aux eaux territoriales italiennes, solution incorrecte pour la navigation au large. Un tribunal belge condamne un militaire allemand à la « dégradation » : si le condamné était prisonnier de guerre, la Belgique était à même de lui retirer les privilèges réservés aux grades supérieurs, mais elle surpassait sa compétence par un jugement de teneur générale. En droit privé, l'Etat juge du crime dispose, à ce que je crois, de toute déchéance rentrant dans le statut personnel, sans égard à la nationalité du coupable, mais il ne pourra pas confisquer une chose située dans un autre pays — et tout cela autant en droit actuel qu'il me paraît être recommandable *de lege ferenda.*

Veuillez me permettre de renvoyer pour les détails (de ce qui précède et de ce qui suit) à un article publié dans la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, f. 27, p. 1.

Articles 11, 12. — J'arrive à la partie du rapport savant qui m'est quelque peu douloureuse, car mes opinions personnelles se séparent nettement ici des idées dirigeantes sur lesquelles sont construits les articles en question. Du moins pour les déchéances (au sens le plus large du mot) de droit public. Le

rapport, si je l'ai bien compris, part de l'idée que les déchéances sont régies par le statut personnel du coupable. Je ne fais qu'effleurer la question de savoir comment, en droit civil, ce principe s'adapterait aux confiscations. Mais les déchéances ou autres aggravations de contenu administratif, constitutionnel ou pénal ? Elles ne peuvent être régies que par leur propre loi et si le projet écarte l'hypothèse où la nationalité du coupable et la déchéance à infliger ressortissent à des pays divers, cette hypothèse même est très instructive pour éclairer la question. Deux difficultés connexes s'y joignent. L'une d'elles : Que l'Etat A ait retiré dans un jugement pénal la faculté d'exercer la profession d'architecte. On ne saurait « appliquer » cette déchéance dans un autre Etat parce que selon son contenu la défense ne comprend et ne peut comprendre que l'exercice de la profession dans les limites de l'Etat A ; un autre Etat ne peut qu'établir pour son territoire une déchéance parallèle. Et enfin et en général il me paraît être impossible d'appliquer jamais à des affaires de droit public une autre loi que celle de l'Etat dont l'administration, la constitution, la juridiction est en jeu. Il serait malaisé de vouloir développer cette thèse ici et vous me permettrez de renvoyer à ces fins à mon livre : *Internationales Verwaltungsrecht*, t. 4, pp. 115 à 120 et p. 185.

La conséquence que j'en tire est donc la proposition d'abandonner la division du projet fondée sur la nationalité du coupable et de généraliser l'article 11, alinéa 1, en rayant les mots « contre un sujet de l'Etat ». Quant à l'alinéa 2, j'aimerais à mettre sur la même ligne toute sorte d'extinction de la peine, donc la grâce surtout, peut-être aussi la prescription de la peine. L'article 12 devrait être rayé dans ce système. Nous sommes d'accord à ce que je suppose que la procédure de l'article 11 est indépendante de la compétence nécessaire d'après les règles du droit pénal international pour juger et punir le délit même.

La procédure décrite ci-avant est toujours lourde. Mais il y a un système bien plus simple pour parvenir à un résultat conforme, c'est de régler la perte du droit sur le terrain des lois qui s'occupent de ce droit même. On peut retirer au coupable le droit de vote par une sentence pénale ou dans la procédure complémentaire de l'article 11, mais on peut ordonner aussi dans la loi électorale que perd son droit de vote, qui est condamné pour certains crimes dans le pays ou à l'étranger. L'article 13 qui va suivre n'est qu'une application de la même idée. Les dispositions de ce genre sont très fréquentes. La condamnation pénale peut être condition d'une expulsion, du refus d'un permis de chasse, de la faculté de fréquenter la bourse, elle motive l'indignité d'hériter, la perte de la puissance paternelle, etc. Mais malheureusement ces lois se taisent pour la plupart sur la question de savoir si la condamnation survenue à l'étranger suffit à réaliser la condition de la perte. Peut-être pourrait-on recommander — sauf rédaction — la règle suivante : Quand une loi fait dépendre une restriction juridique du fait d'une condamnation pénale, l'autorité compétente appréciera librement, en cas de doute, l'équivalence de sentences étrangères.

Article 13. — D'accord. La question parallèle se pose pour le refus d'une réhabilitation.

Faut-il mentionner aussi l'incorporation des sentences étrangères dans le casier judiciaire ?

Dans ce cas-ci la solution à recommander serait diverse, leur considération devrait être obligatoire.

Article 14. — D'accord. Mais pourquoi omettre de réglementer l'exécution dans un autre pays des peines mêmes ? Il est bien vrai que cela ne se fait pas ordinairement en droit actuel. Mais à part les intérêts de la sûreté publique, il y a des situations où l'exécution d'une sentence pénale étrangère faite au domicile répond à l'intérêt du condamné même.

Les précédents n'en manquent pas entièrement. On pourrait donc recommander comme minimum la faculté d'exécuter, sur la demande du condamné, une peine légère prononcée à l'étranger.

Vœu. — Rien à contredire.

Agréez... *K. Neumeyer*

F.

Rapport définitif

MM. André Mercier et H. Donnedieu de Vabres, ayant pris connaissance des observations précédentes, se sont mis d'accord pour soumettre à l'Institut de Droit international le projet de Résolutions dont le texte suit.

G.

Projet de Résolutions soumis à l'Institut par MM. A. Mercier et H. Donnedieu de Vabres

L'Institut de Droit international, poursuivant la révision de ses Résolutions de Munich (1883) concernant le conflit des lois pénales en matière de compétences, révision partiellement réalisée dans sa session de Cambridge de 1935, estime qu'il y a lieu de modifier les articles 12 et suivants adoptés à Munich, en complétant les articles 1 à 5 votés à Cambridge [reproduits ci-dessous en caractères italiques] par les dispositions suivantes.

L'ensemble de ces règles serait l'objet de traités bilatéraux ou multilatéraux.

L'Institut estime que l'application des dispositions nouvelles, relatives à la portée extraterritoriale des sentences répressives serait facilitée, si les Hautes Parties contractantes établissaient un tableau d'équivalence des peines prévues par leurs législations respectives.

Article premier

La loi pénale d'un Etat régit toute infraction commise sur son territoire, sous réserve des exceptions consacrées par le droit des gens.

Article 2

La loi d'un Etat peut considérer une infraction comme ayant été commise sur son territoire aussi bien lorsqu'un acte de commission ou d'omission qui la constitue y a été perpétré ou tenté, que lorsque le résultat s'y est produit ou devait s'y produire.

Cette règle est aussi applicable aux cas de participation.

Article 3

Chaque Etat a le droit d'étendre sa loi pénale à toute infraction ou à tout acte de participation délictueuse commis par ses nationaux à l'étranger.

Article 4

Tout Etat a le droit de punir des actes commis en dehors de son territoire, même par des étrangers, lorsque ces actes constituent :

a) un attentat contre sa sécurité ;

b) une falsification de sa monnaie, de ses timbres, sceaux ou marques officiels.

Cette règle est applicable lors même que les faits considérés ne sont pas prévus par la loi pénale du pays sur le territoire duquel ils ont été commis.

Article 5

Tout Etat a le droit de punir des actes commis à l'étranger par un étranger découvert sur son territoire, lorsque ces actes constituent une infraction contre des intérêts généraux proté-

gés par le droit international (tels que la piraterie, la traite des noirs, la traite des blanches, la propagation des maladies contagieuses, l'atteinte à des moyens de communication internationaux, canaux, câbles sous-marins, la falsification des monnaies, instruments de crédit, etc.), à condition que l'extradition de l'inculpé ne soit pas demandée, ou que l'offre en soit refusée par l'Etat sur le territoire duquel le délit a été commis, ou dont l'inculpé est ressortissant.

Article 6

Lorsqu'une infraction commise sur le territoire d'un Etat par une personne quelconque a fait l'objet d'un jugement définitif à l'étranger, une poursuite nouvelle peut être intentée, à raison de cette infraction, sur l'initiative du ministère public.

Article 7

Le tribunal qui, en conséquence de cette poursuite, prononce une condamnation, décide dans quelle mesure il sera tenu compte, pour son exécution, de la peine, de la portion de peine ou de la détention préventive subies précédemment à l'étranger, ainsi que de toute cause de dispense de la peine qui s'est produite à l'étranger.

Article 8

Les règles portées aux articles 6 et 7 s'appliquent également aux actes prévus à l'article 4, alors même qu'ils ont été commis, à l'étranger, par un sujet de l'Etat ou par un étranger.

Article 9

Lorsqu'une infraction appartenant aux catégories non visées à l'article 4 a été commise à l'étranger par un sujet de l'Etat ou par un étranger, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger pour le

même fait, et, en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine, ou bénéficié d'une cause de dispense de celle-ci.

Si cette dernière condition n'est pas remplie, il est tenu compte, au cas de renouvellement de la poursuite, de toute portion de la peine et de la détention préventive subie à l'étranger.

Article 10

Lorsqu'une poursuite pénale a été intentée à l'étranger, à la requête de l'Etat, et qu'elle a abouti à un jugement définitif (soit de condamnation, soit d'acquittement ou d'absolution) aucune poursuite nouvelle ne peut être exercée, pour le même fait, contre la même personne.

Il en est autrement si le condamné s'est soustrait, en tout ou en partie, à l'exécution de la peine. En pareil cas, une poursuite nouvelle peut être intentée, sur l'initiative du ministère public, et la disposition de l'article 7 est applicable.

Article 11

Lorsqu'une juridiction étrangère a prononcé, contre un sujet de l'Etat, pour infraction de droit commun, une condamnation définitive qui entraîne ou peut entraîner, d'après la loi de l'Etat, une interdiction, incapacité ou déchéance, les tribunaux peuvent prononcer cette privation de droits, à la demande du ministère public ou de la personne intéressée et après avoir entendu le condamné.

Toutefois, l'exercice de cette action spéciale est exclu, si le condamné justifie qu'il a bénéficié, à l'étranger, de l'amnistie ou de la réhabilitation.

Article 12

Sous cette même réserve, et pour le même objet, une action spéciale est ouverte contre l'étranger qui, ayant été frappé dans son pays, pour infraction de droit commun, d'une

condamnation définitive, entraînant, d'après sa loi nationale, une interdiction, incapacité ou déchéance, est venu s'établir sur le territoire. L'étranger, ayant été entendu, peut être privé, en tout ou en partie, de l'exercice ou de la jouissance des droits qui lui ont été retirés par la sentence étrangère.

Cette disposition est inapplicable si l'interdiction, incapacité ou déchéance dont il a été frappé est contraire à l'ordre public territorial.

Article 13

Une condamnation étrangère peut être prise en considération au point de vue de l'octroi ou de la révocation du sursis à l'exécution de la peine, de l'aggravation des sanctions résultant de la récidive, de la réhabilitation judiciaire ou légale, quand l'infraction qui a donné lieu à cette condamnation est prévue par la loi du juge saisi.

Article 14

Les jugements rendus à l'étranger par les tribunaux répressifs pourront produire des effets civils sous les conditions et en observant la procédure établies par la loi.

2. Supplément au rapport de 1939 et texte définitif du projet de Résolutions présentés au nom de la septième commission en 1950,

par

M. H. Donnedieu de Vabres

A.

Avant-propos de M. H. Donnedieu de Vabres

Depuis la publication du Rapport et du projet de résolution relatifs à *la portée extraterritoriale des sentences répressives étrangères*, qu'au nom de la 16me Commission nous avons eu l'honneur, M. le professeur André Mercier et moi-même, de soumettre à l'*Institut de droit international*, M. Mercier est, malheureusement, décédé. Les événements de cette période de dix ans (1939-1949) ont déterminé le Bureau de l'Institut à constituer une commission nouvelle (7me Commission) à laquelle les textes précédents ont été soumis [1]. On trouvera ici les lettres qu'en réponse à notre circulaire nous avons

[1] Cette commission est ainsi constituée: Rapporteur: M. Donnedieu de Vabres. Membres: MM. Badawi Pacha, Bailey, Brierly, Dickinson, Fitzmaurice, François, Gutzwiller, Hsu Mo, Krylov, Muûls, Trias de Bes, Udina.

reçues de cinq membres de la commission [1], et le projet de textes remanié par nous en conséquence de leurs observations.

1° Suivant l'avis de MM. Brierly et Udina, nous avons détaché les dispositions nouvelles des textes adoptés à Cambridge (1931) pour en faire l'objet d'une numérotation distincte. L'Institut est ainsi en mesure d'opter entre les deux modes de rédaction.

2° Une simplification est résultée, conformément aux suggestions de MM. Udina, Dickinson et Badawi, de la suppression de l'ancien art. 8 remplacé par l'addition d'un alinéa 2 au texte de l'article 6 (article 1 nouveau). Nonobstant certaines critiques, il nous semble toujours nécessaire de réglementer séparément, pour les soumettre à un régime distinct quant à l'autorité négative de la chose jugée, le cas où l'infraction de droit commun est commise sur le territoire (art. 1, al. 1 nouveau) et celui où elle a été perpétrée à l'étranger (art. 3).

3° Nous avons cru devoir, suivant une observation de M. Badawi, modifier sur un détail de forme la rédaction de l'article 7 (art. 2 nouveau). Il nous paraît cependant nécessaire de viser les « causes de dispense de la peine » survenues à l'étranger. Celles-ci (qu'il s'agisse d'une excuse absolutoire, de la grâce ou de l'amnistie) ne se confondent pas avec les cas de non-culpabilité.

4° Nous avons ajouté aux effets éventuels d'une condamnation étrangère prévus à l'article 13 (art. 7 nouveau) l'application des mesures de sûreté. (En ce sens un vœu de M. Badawi.)

---

[1] Les observations de MM. Brierly et Udina se réfèrent au projet définitif soumis par nous à l'Institut (voir notre rapport précédent, p. 56); les observations de MM. François, Dickinson et Badawi concernent l'avant-projet (même rapport, pp. 39 et suiv.). Le « vœu » mentionné, dans sa lettre, par M. François (même rapport, p. 25) est remplacé par le préambule qui figure en tête du projet définitif (p. 56).

Il nous a paru également utile de prévoir, sous l'article 14 (art. 8 nouveau), l'exécution forcée *sur les biens* des sentences pénales étrangères. Il résulte nettement de notre rédaction que, comme l'indique M. François, les effets mentionnés par ce texte sont subordonnés à l'efficacité extraterritoriale des condamnations civiles.

5° Le point de vue de M. Brierly, opposé, dans une assez large mesure, à l'autorité négative et positive des sentences pénales étrangères, entraînerait la modification de l'article 9 (art. 3 nouveau) et la suppression des articles 11 et 12 (art. 5 et 6 nouveaux).

Nous croyons, en maintenant ces textes, être resté fidèle à la pensée de la majorité des deux commissions.

B.

Projet de Résolutions

L'Institut de Droit international, poursuivant la révision de ses Résolutions de Munich (1883) concernant le conflit des lois pénales en matière de compétence, revision partiellement réalisée dans sa session de Cambridge de 1931, estime qu'il y a lieu d'ajouter aux dispositions votées à Cambridge certaines dispositions nouvelles, relatives à la portée extraterritoriale des sentences répressives.

L'ensemble de ces règles est destiné à être l'objet de traités bilatéraux ou multilatéraux.

L'Institut estime que l'application des dispositions nouvelles serait facilitée si les Hautes Parties contractantes établissaient un tableau d'équivalence des peines prévues par leurs législations respectives.

Article premier

Lorsqu'une infraction commise sur le territoire d'un Etat par une personne quelconque a fait l'objet d'un jugement définitif à l'étranger, une nouvelle poursuite peut être intentée, à raison de cette infraction, mais seulement sur l'initiative du ministère public.

La même règle est applicable aux actes commis à l'étranger soit par un sujet de l'Etat, soit par un étranger, lorsque ces actes constituent:

a) soit un attentat contre la sécurité de l'Etat;

b) soit une falsification de sa monnaie, de ses timbres, sceaux ou marques officiels.

Article 2

Le tribunal qui, en conséquence d'une des poursuites précédentes, prononce une condamnation, décide dans quelle mesure il sera tenu compte, pour son exécution, de la peine, de la portion de peine ou de la détention préventive subies précédemment à l'étranger. Il prend également en considération toute cause de dispense de la peine qui s'est produite à l'étranger.

Article 3

Lorsqu'une infraction appartenant aux catégories non visées à l'article 1, al. 2 a été commise à l'étranger par un sujet de l'Etat ou par un étranger, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé justifie qu'il a été jugé définitivement à l'étranger pour le même fait, et, en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine, ou bénéficié d'une cause de dispense de celle-ci.

Si cette dernière condition n'est pas remplie, il est tenu compte, au cas de renouvellement de la poursuite, de toute portion de la peine, et de la détention préventive, subies à l'étranger.

Article 4

Lorsqu'une poursuite pénale a été intentée à l'étranger, à la requête de l'Etat, et qu'elle a abouti à un jugement définitif (soit de condamnation, soit d'acquittement ou d'absolution) aucune poursuite nouvelle ne peut être exercée, pour le même fait, contre la même personne.

Il en est autrement si le condamné s'est soustrait, en tout ou en partie, à l'exécution de la peine. En pareil cas, une poursuite nouvelle peut être intentée sur l'initiative du ministère public, et la disposition de l'article 2 est applicable.

Article 5

Lorsqu'une juridiction étrangère a prononcé contre un sujet de l'Etat, pour infraction de droit commun, une condamnation définitive qui entraîne, ou peut entraîner, d'après la loi de l'Etat, une interdiction, incapacité ou déchéance, les tribunaux peuvent prononcer cette privation de droits à la demande du ministère public ou de la personne intéressée, et après avoir entendu le condamné.

Toutefois, l'exercice de cette action spéciale est exclu, si le condamné justifie qu'il a bénéficié, à l'étranger, de l'amnistie ou de la réhabilitation.

Article 6

Sous cette même réserve, et pour le même objet, une action spéciale est ouverte contre l'étranger qui, ayant été frappé à l'étranger, pour infraction de droit commun, d'une condamnation définitive entraînant, d'après sa loi nationale, une interdiction, incapacité ou déchéance, est venu s'établir sur le territoire. L'étranger, ayant été entendu, peut être privé, en tout ou en partie, de l'exercice ou de la jouissance des droits qui lui ont été retirés par la sentence étrangère.

Cette disposition est inapplicable si l'interdiction, incapacité ou déchéance dont il a été frappé est contraire à l'ordre public territorial.

Article 7

Une condamnation étrangère peut être prise en considération au point de vue de l'octroi ou de la révocation du sursis à l'exécution de la peine, de l'application des mesures de sûreté, de l'aggravation des sanctions résultant de la récidive, de la réhabilitation judiciaire ou légale, quand l'infraction qui a donné lieu à cette condamnation est prévue par la loi du juge saisi.

Article 8

Les jugements rendus à l'étranger par les tribunaux répressifs peuvent donner lieu à l'exécution forcée sur les biens et produire des effets civils sous les conditions et en observant la procédure établies par la loi.

ANNEXES

Circulaire de M. H. Donnedieu de Vabres

Paris, le 4 février 1949
68, bd Saint-Michel

Monsieur et honoré Confrère,

Le Bureau de l'Institut de Droit International m'a confié les fonctions de rapporteur de la 7me Commission dont vous êtes membre, et qui doit présenter un projet sur : *La portée extraterritoriale des sentences répressives étrangères.*

Un avant-projet, sur la même question, alors soumise à la 16me Commission de l'Institut, avait été préparé en 1939 par M. le Professeur Mercier et par moi-même. Nous étions parvenus à une rédaction commune, à laquelle il ne me paraît pas que les circonstances ultérieures m'autorisent à apporter de changement.

J'ai donc l'honneur de vous adresser sous ce pli:

1° Le texte de l'avant-projet;
2° Les rapports où M. Mercier et moi-même exposions nos points de vue respectifs;
3° Le début d'une correspondance que la guerre a interrompue.

Je lirai avec le plus vif intérêt les observations que vous voudrez bien m'envoyer dès qu'il vous sera possible.

Veuillez agréer, Monsieur et honoré Confrère, l'expression de mes sentiments dévoués.

H. Donnedieu de Vabres

Observations des membres de la Commission en réponse à la circulaire de M. H. Donnedieu de Vabres

1. Lettre de M. J. L. Brierly

All Souls College, Oxford

Le 4 septembre 1949

Mon cher Confrère,

Voici quelques observations que j'ai à vous présenter à l'égard du rapport de M. Mercier et vous-même, sur la portée extraterritoriale des sentences répressives étrangères.

Préambule

Les articles 1 à 5 votés à Cambridge posent des règles qui prétendent établir le droit actuel, tandis que les articles 6 à 14, que le projet des rapporteurs propose maintenant de soumettre à l'Institut, sont des règles à recommander aux Etats pour être insérées dans des traités. Il me semble que la juxtaposition, sous le même préambule, de règles, d'une part de la *lex lata*, d'autre part de la *lex ferenda*, peut causer de la confusion.

Article 9

Cet article impose comme principe absolu la règle *non bis in idem* dans le cas où il s'agit d'une infraction de droit commun commise à l'étranger. A mon avis, cela va trop loin. J'admets volontiers la force de vos arguments (p. 28 du rapport); je reconnais aussi qu'en général le renouvellement de la poursuite en pareil cas est peu désirable. Toutefois, je note que vous-même admettez « des cas très exceptionnels » dans lesquels les

avantages d'un renouvellement de la poursuite seraient supérieurs aux inconvénients. Pour ces cas, je crois qu'un Etat a besoin d'une règle moins rigide que celle que l'article 9 propose. Je partage le point de vue de M. Mercier quand il écrit (p. 18 du rapport) que le principe primordial est l'idée de défense sociale contre le crime, de protection de l'ordre public, de sécurité de l'Etat et des individus qui est à la base du droit pénal. Tout Etat souverain a le droit et le devoir vis-à-vis des autres Etats d'assurer sur son territoire cet ordre social, cette sécurité, en recourant, s'il le juge nécessaire, à des mesures répressives. Ce point de vue me mène, d'accord avec M. Neumeyer (p. 51 du rapport), à préférer la proposition originelle de M. Mercier.

Articles 11 et 12

Je crois qu'il n'est ni nécessaire ni souhaitable de reconnaître une portée extraterritoriale aux interdictions, incapacités ou déchéances qui peuvent être attachées à une sentence pénale étrangère, et par conséquent je voudrais supprimer ces deux articles.

Agréez, mon cher Collègue, l'expression de mes sentiments très distingués.

J. L. Brierly

2. Lettre de M. Manlio Udina

Trieste, le 9 septembre 1949

Monsieur et honoré Confrère,

Me référant à votre lettre circulaire du 4 février et aux documents annexés que j'ai reçus en mars, j'ai l'honneur de vous transmettre mon avis tout à fait favorable aux principes dont s'inspire votre projet de résolution sur *la portée extra-territoriale des sentences répressives étrangères* (sujet qui est à l'étude auprès de la 7e Commission établie par le Bureau de l'Institut de Droit international, commission dont vous êtes le rapporteur et dont je suis membre). En outre, je me permets d'y ajouter quelques observations se rapportant plutôt à la forme qu'à la substance de ce projet.

1. Conformément à la tâche nettement délimitée de notre Commission, j'estime qu'il ne serait pas à propos d'opérer la soudure numérative des articles destinés à remplacer ou compléter les articles 12 à 15 de Munich et des articles adoptés à Cambridge en 1931. Notre résolution devrait être conçue et rédigée d'une façon autonome, portant une numération distincte de ses articles, vis-à-vis de celle de Cambridge qui concerne seulement le problème plus général de la compétence pénale dans l'espace.

2. De même, il serait peut-être convenable d'apporter, autant que possible, quelque simplification à la rédaction du projet. Ainsi, par exemple, je préférerais transformer l'article 8 en un alinéa de l'article 6 et, par suite, en modifier la forme faisant référence générique à la règle du premier alinéa et aux attentats à la sécurité ou au crédit de l'Etat.

3. Il conviendrait d'étendre la règle de l'article 12 à l'hypothèse de l'étranger actuellement résidant sur le territoire et qui aurait été condamné à l'étranger par les tribunaux d'un Etat tiers.

4. En particulier, pour ce qui concerne le renouvellement de la poursuite autorisée par l'article 11, alinéa 2, du Code pénal italien de 1930, je voudrais vous signaler que normalement le ministre de la Justice se prévaut de sa faculté surtout dans les cas d'infractions de caractère politique et tout exceptionnellement dans les cas d'infractions de droit commun ; et partant, en ce qui concerne ces derniers, à défaut de l'ordre du ministre, la règle *non bis in idem* trouve application, en pratique, aussi en Italie.

Veuillez agréer, Monsieur et honoré Confrère, l'expression de mes sentiments les plus distingués.

M. Udina

3. Lettre de M. Edwin D. Dickinson

September 20, 1949

My dear Colleague,

I have received long since the preliminary drafts with supporting reports on *La portée extraterritoriale des sentences répressives étrangères* which was forwarded by the Secretariat of the Institute...

I offer my most humble regrets and apologies for having been so tardy in returning my comments upon these materials. During the current year I am serving as President of the Association of American Law Schools and during the past three months I have been in the western part of the United States and in attendance at conferences in other parts of the country. These activities have placed such a burden upon my time and strength that scholarly activities, including the work of the Institute, have suffered accordingly.

I have now read the materials, though with less time for thorough studying than I would like, and I am pleased to report that I like very much the *Projet Préliminaire* as it appears beginning on Page 39. I do not see how Articles 1 to 5, previously adopted at the Institute at Cambridge, could be much improved even if they were open to reconsideration at this time. As regards the added articles, I like the solution incorporated in your Articles 6 and 7 (Page 41) of the problem of *non bis in idem*. It seems to me that this is about as far as the Institute may be warranted in going on the basis of such evidences of practice as we have at hand. I am presently having a little trouble with your Articles 8 and 9 (Page 41) but

I shall not go further into detail about it because I anticipate that it will clear up on further study. The remaining Articles of the Projet seem well adapted to their purpose. I am confident that the entire draft will provide an excellent basis for discussion at the next session of the Institute at Bath, England in 1950.

Again regretting the enforced tardiness of my response and with every good wish as always, I am,

Faithfully yours,

Edwin D. Dickinson

4. Lettre de M. J. P. A. François

La Haye, le 3 octobre 1949

Mon cher collègue,

... Je n'ai pas encore pu étudier votre rapport avec toute l'attention que ce travail vraiment remarquable mérite. Toutefois je peux vous dire que je me rallie, en général, à vos conclusions. Je ne voudrais faire que deux observations. En prenant connaissance du « vœu »[1], formulé à la fin de votre rapport, je me suis demandé s'il n'était pas utile de faire ressortir qu'on se rend compte du revers de la médaille, c'est-à-dire que la juridiction pénale est basée sur des convictions juridiques, qui se sont enracinées dans l'esprit de chaque peuple et que, partant, l'exécution de sentences fondées sur d'autres principes que ceux jugés justes dans le propre pays, ne manquera pas de susciter des résistances.

En second lieu je me demande si la reconnaissance des réclamations civiles, préconisée par l'article 14, ne présuppose pas l'exécution des jugements civils d'une manière générale.

En vous félicitant encore une fois des résultats de votre travail, je saisis l'occasion, mon cher collègue, de vous réitérer l'assurance de ma haute considération.

J. P. François

[1] Voici le texte de ce vœu: « En attendant l'adoption de règles internes uniformes, il est désirable que les Etats concluent des traités (bilatéraux ou multilatéraux) par lesquels ils fixeront la portée extraterritoriale de leurs sentences répressives et établiront un tableau d'équivalence des peines prévues par leurs législations respectives. »

5. Lettre de A. Badawi Pacha

Le Caire, le 21 octobre 1949

Cher et très honoré Confrère,

... Il m'est particulièrement agréable de rendre hommage à la science profonde et à l'exposé magistral de votre rapport complémentaire, détaillé et amplifié dans vos deux ouvrages que j'ai eu le grand plaisir de consulter : *Principes modernes* ... et *Traité*.

Sur le fond, je suis entièrement d'accord. Sur le texte des articles 6 à 9 du projet préliminaire, j'ai quelques observations que je me permets de soumettre à votre examen.

L'article 6 traite d'une modalité de l'exercice de l'action publique dans un cas déterminé — à savoir une infraction commise sur le territoire d'un Etat qui aurait fait l'objet d'un jugement définitif à l'étranger [1]. La portée ou l'objet de cet article est double: d'une part, il implique que le dit jugement définitif n'empêche pas une poursuite nouvelle dans le pays dans le territoire duquel l'infraction a été commise; d'autre part, il porte que cette poursuite ne peut s'effectuer que sur l'ordre du ministre de la Justice.

Mais le premier objet de cet article ne résulte-t-il pas du premier paragraphe de l'article 9 qui détermine les seuls cas où un jugement définitif à l'étranger peut empêcher une poursuite nouvelle, et par contre tous les autres cas où la règle *non bis in idem* ne trouve pas application ?

Il ne reste donc que le second objet à énoncer, mais il est nécessaire de l'énoncer tant pour le cas envisagé dans l'article 6

[1] On voit que le projet, par prudence, ne va pas jusqu'à reconnaître l'autorité négative de la chose jugée dans ce cas.

que pour le cas prévu par l'article 4. Ce second objet est, du reste, une question de procédure de poursuite, qui gagnerait à être énoncé en termes généraux couvrant tous les cas où cette procédure est applicable, au lieu d'être éparpillé et répété dans les articles 6, 8 et 10.

L'article 6 peut donc être supprimé, sans nuire ni à l'intégrité ni à la clarté du projet.

Dans *l'article 7*, je m'explique mal le dernier membre de phrase « ainsi que de toute cause de dispense de la peine qui s'est produite à l'étranger ». L'article traite d'une question de computation des peines et on comprend que le législateur enjoint de tenir compte d'une peine exécutée, en tout ou en partie, ou d'une détention préventive, car nonobstant les variations des régimes pénitentiaires, toutes les mesures restrictives de libertés répondent plus ou moins au même but, et c'est l'équité qui commande de tenir compte de la durée subie de ces mesures, où qu'elles aient pu l'être. Il y a là une question matérielle.

Mais une dispense de peine se rattache, si je comprends bien, à des raisons de responsabilité. Elle ne diffère pas d'une cause d'exonération ou d'un acquittement motivé par la non-criminalité du fait ou par l'insuffisance de preuves. Ces questions ne portent aucune atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal qui se prononce sur une nouvelle poursuite et qui, de ce chef, n'a qu'à appliquer sa loi nationale. Elle est, du reste, négative et totale. Comment donc en tenir compte pour fixer la durée de la peine à infliger ?

L'article 8. Dans la rédaction que je propose pour remplacer les articles 6-9, cette disposition est rendue inutile ou superflue.

L'article 9 alinéa 2 ainsi que la deuxième partie de l'alinéa 2 de l'article 10 sont également rendus inutiles ou superflus dans la rédaction que je propose dans les articles 7 et 8.

Je proposerais, en outre, dans *l'article 13*, l'addition après le mot « récidives » le membre de phrase « et de l'application des mesures de sûreté » en supprimant « et » dans la quatrième ligne (cf. par. 1868 de votre *Traité*).

Ci-joint le texte que je propose pour remplacer les articles 6-9 du projet préliminaire.

... Je vous prie d'agréer, mon cher et très honoré Confrère, l'expression de mes sentiments très distingués et dévoués.

A. Badawi

Annexe de la lettre de A. Badawi Pacha

Articles destinés à remplacer les articles 6-9 du projet:

Article 6

Sauf pour le cas des infractions visées à l'article 4, le jugement étranger rendu pour une infraction commise en dehors du territoire d'un Etat empêche d'intenter une nouvelle poursuite pour le même fait contre l'inculpé si ce dernier justifie que ce jugement est définitif, et, en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine ou bénéficié d'une cause de dispense de celle-ci.

Article 7

Toutes les fois qu'il y a lieu d'exercer une nouvelle poursuite après un jugement prononcé à l'étranger, le tribunal, en cas de condamnation, tiendra compte dans son appréciation de la peine à infliger, de la peine, de la portion de peine et de la détention préventive déjà subies par l'inculpé à l'étranger, du chef du même fait.

Article 8

La poursuite à raison d'infractions commises à l'étranger ne peut être exercée que sur l'ordre du ministère de la Justice.

Article 13

Une condamnation étrangère peut être prise en considération, au point de vue de l'octroi ou de la révocation du sursis à l'exécution de la peine, de l'aggravation des sanctions résultant de la récidive et de l'application des mesures de sûreté, si l'infraction qui a donné lieu à cette condamnation est prévue par la loi du juge saisi.

VI. De l'interprétation des traités

(Douzième Commission)

Rapport et projet de Résolutions [1]

présentés par

M. H. Lauterpacht

A.

Rapport

I.

Introduction

Aucune des Résolutions adoptées, dans le passé, par l'Institut de Droit international, ne porte sur la question de l'interprétation des traités. En tant que cette omission a eu pour conséquence de limiter les tentatives d'énoncer des règles d'interprétation, il n'y a sans doute pas lieu de la regretter. En effet, la longue expérience des tribunaux internationaux, en matière d'interprétation des traités, paraît indiquer que nous nous trouvons ici dans un cas où il est préférable d'avoir peu de règles plutôt que trop. Les auteurs, les arbitres et parfois même les Gouvernements réunis en conférence ont volontiers

[1] Traduits en français par M. J.-F. Lalive.

cédé à la tentation de dresser des listes de règles d'interprétation. [1] Grotius a consacré à la question un chapitre entier [2] qui ne donne pas l'impression d'avoir été dépassé par tels ouvrages plus modernes. La distinction qu'il dégage, aux fins d'interprétation, entre les promesses selon qu'elles sont « favorables », « odieuses », « mixtes » ou « moyennes [3] », se répercute nettement dans la règle plus récente de l'interprétation restrictive. A divers égards, la manière dont Grotius traite le sujet constitue un progrès par rapport à certaines déclarations modernes, émises par des auteurs ou des tribunaux internationaux. C'est ainsi qu'à propos de la théorie du « sens clair », il tempère la déclaration « que les paroles doivent être entendues dans le sens qui leur est propre » par la réserve « s'il n'y a aucune conjecture qui conduise à un autre sens [4] ».

Il est probable que le chapitre de Vattel sur l'interprétation des traités [5] constitue l'examen le plus détaillé qu'ait consacré au sujet aucun auteur de traité général. Le pivot du chapitre paraît être la règle très fréquemment citée : « Il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation » et « quand un acte est conçu en termes clairs et précis, quand le sens en est manifeste et ne conduit à rien d'absurde, on n'a aucune raison de se refuser au sens que cet acte présente naturellement [6] ». Il est, en revanche, très peu certain que Vattel ait

---

[1] Voir la Résolution de la 7me Conférence internationale des Etats américains, en 1933, prévoyant l'étude par la Commission internationale des Juristes américains d'une liste de règles d'interprétation (imprimée dans *Harvard Research, Law of Treaties* (1935), pp. 1225, 1226).

[2] « De l'interprétation », Livre II, Chapitre XVI.

[3] Livre II, Chapitre XVI, X.

[4] Livre II, Chapitre XVI, II.

[5] Volume I, Chapitre XVII.

[6] Paragraphe 263.

considéré cette « première maxime générale » comme ayant une importance pratique excessive. En effet, cette maxime est suivie d'autres maximes générales, de présomptions et de distinctions subtiles entre les choses favorables et les choses odieuses. Il est douteux qu'une partie à un différend portant sur l'interprétation d'un traité ne puisse tirer quelque profit à puiser dans la riche collection d'armes que lui offre l'arsenal des règles d'interprétation de Vattel.

La majorité des auteurs de traités ont, à cet égard, suivi les traces de Grotius et de Vattel [1]. Il ne s'agit pas d'auteurs enclins aux théories ou aux généralisations. Hall estime par exemple, tout en admettant que telles règles d'interprétation sont d'une application incertaine et d'un usage discutable, qu'il en est d'autres qui ne prêtent le flanc à aucune objection et qui « probablement suffisent à tous les desseins ». Il les expose ensuite par le menu [2]. D'autres auteurs, manifestant quelque scepticisme quant à l'utilité, en général, des règles d'interprétation, n'en finissent pas moins par en dresser un catalogue détaillé. Oppenheim, par exemple, (dans un passage que le rédacteur actuel, par piété plus que par conviction, a repris sans modifications profondes) énonce qu'il n'existe ni règle coutumière ni règle conventionnelle relative à l'interprétation des traités. Or, il ajoute ensuite qu'« il est important d'énoncer les règles d'interprétation qui sont recommandables à raison de leur commodité [3] ». Il en énumère quinze. Même à une époque plus récente, et encore que les critiques ne cessent d'augmenter en nombre, à l'adresse du système tendant à

---

[1] On trouve une liste de plusieurs d'entre eux dans *Harvard Research, Law of Treaties* (1935), pp. 939-940. Voir aussi les sections 797-821 de l'ouvrage de Fiore, *Le Droit international codifié.*

[2] 3me édition (1890), paragraphe 111.

[3] *International Law*, vol. II (7me édition, 1948), paragraphes 553, 554.

élaborer des règles fixes d'interprétation, la plupart des auteurs estiment qu'il est difficile de s'en passer. Le Professeur Guggenheim parle de « la suprématie, reconnue dans la pratique internationale, de l'interprétation restrictive, par rapport à l'interprétation extensive [1] ». Il concède qu'une telle interprétation n'est applicable qu'en cas de doute, mais, à ses yeux, la règle est de grande importance (on notera à ce propos que les règles d'interprétation ne s'appliquent qu'en cas de doute ; lorsqu'il n'y a pas de doute, il n'est pas besoin d'interprétation). Tout en considérant comme fondées les récentes tendances des auteurs à critiquer la formulation de règles d'interprétation, le Professeur Podesta Costa tient néanmoins pour fondamentaux deux principes d'interprétation qui sont en fait des plus controversables, à savoir que les termes clairs n'ont pas besoin d'interprétation et qu'en cas de doute l'interprétation restrictive est de rigueur [2]. Le Professeur Rousseau, parmi d'autres, adopte également ces deux principes dans un exposé très approfondi du sujet [3]. Il n'y a qu'un très petit nombre d'auteurs de manuels suffisamment attachés à la logique pour refuser résolument d'énoncer d'autres règles d'interprétation — à titre d'exemple ou pour tout autre motif — que celle, fondamentale, de la bonne foi. Le Professeur Hyde, autorité considérable en la matière, a puissamment contribué à élucider ce chapitre du droit international, sans cependant proposer aucune règle précise d'interprétation [4]. Plus récemment, le Professeur Balladore Pallieri a fait preuve, lui aussi, de logique, en exerçant

---

[1] *Lehrbuch des Völkerrechts* (tome I, 1948), p. 128.

[2] *Manual de derecho internacional pùblico* (2me édition, 1947), pp. 197, 198.

[3] *Principes généraux du droit international public*, vol. I (1944), pp. 678, 686-94.

[4] *International Law, Chiefly as interpreted by the United States* (2me édition, 1945), vol. II, pp. 1468-1502.

la même retenue [1]. Une remarque analogue vaut pour la quasi-totalité des auteurs qui, dans des monographies, ont étudié tout particulièrement le sujet [2].

Quels que soient les résultats que la science du droit international puisse donner peu à peu mais de manière très nette, pour ce qui est des règles d'interprétation, ces dernières ont formé une part essentielle et constante de l'activité des tribunaux internationaux. Il est cependant assez exceptionnel que, comme dans l'affaire *George Pinson*, les arbitres soient allés jusqu'à énoncer un système de règles d'interprétation [3]. La Cour internationale de Justice et sa devancière ont constamment fait usage de règles d'interprétation [4]. Si l'on en dresse une liste,

[1] *Diritto internazionale pubblico* (4me édition, 1946), pp. 235-240.

[2] Voir notamment Yü, *The Interpretation of Treaties* (1927) ; Chang, *The Interpretation of Treaties by Judicial Tribunals* (1933) ; *Harvard Research, Law of Treaties* (1935), pp. 937-977. Les vues de Sir Arnold McNair, telles qu'elles sont énoncées dans son ouvrage *The Law of Treaties* (1938) sont examinées plus bas, p. 35. Le Professeur Ehrlich, dans son cours intitulé « L'interprétation des Traités », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, vol. 24 (1928), pp. 13-79, a entrepris une éloquente défense des règles d'interprétation.

[3] France et Mexique : Commission mixte de réclamations (Président Verzijl). Ces règles sont reproduites *in extenso* dans l'*Annual Digest of Public International Law Cases*, 1927-1928, Case no 292.

[4] Cet aspect de l'activité de la Cour est examiné de manière à la fois claire et approfondie par le Professeur Hudson dans son ouvrage, *The Permanent Court of International Justice*, 1920-1942 (1943), pp. 631-661. Il est sans doute difficile de partager les vues de ce savant auteur, selon lequel la Cour n'aurait énoncé « aucune règle rigide ». La Cour est libre d'en rejeter l'application, non point sans doute parce que ces règles sont énoncées dans une forme prudente et enveloppée de réserves, mais parce que la Cour n'est pas liée par sa jurisprudence. On trouve ainsi une certaine rigidité dans la déclaration répétée qu'il n'y a pas lieu de recourir aux travaux préparatoires lorsque le traité est clair. Mais cette rigidité est tempérée par le fait que, dans sa pratique, la Cour a fait usage de cette méthode d'interprétation. Voir plus bas, pp. 391 et s.

ces règles constituent un ensemble imposant. La Cour a donné sa sanction, non sans quelques réserves, au principe de l'interprétation restrictive. Elle a parfois approuvé la maxime opposée de l'effet utile ou de l'efficacité. De diverses manières, elle a fait sienne la règle des « termes clairs » ou du « sens ordinaire ». Elle a apporté une contribution fort nette, encore que controversable, à l'examen du problème des travaux préparatoires et du parti qu'on en peut tirer. Elle a appliqué la règle de l'interprétation par voie de référence au contexte immédiat ou pris dans son ensemble. Elle s'est fondée sur des règles techniques d'interprétation, telles que celle de l'argumentation *a contrario (expressio unius est exclusio alterius)* ou celle selon laquelle il faut interpréter les clauses ambiguës *contra proferentem* [1]. Elle a souligné le caractère subsidiaire de la plupart de ces règles, en soumettant leur usage à la condition impérative que le traité soit obscur et que tous les autres moyens d'interprétation aient échoué. Toutefois, et en dépit des réserves qui les accompagnent, certaines règles formulées par la Cour, notamment celles qui se rattachent à l'interprétation restrictive et à l'usage des travaux préparatoires, auraient acquis une rigidité relativement considérable, n'était le fait que la Cour n'est pas liée par sa jurisprudence et qu'à maintes reprises elle ne s'est pas conformée à ses propres déclarations dans les décisions mêmes où elle les énonçait. En tant que telles, ces règles demeureront donc nécessairement source d'incertitude. Il en est ainsi malgré le fait qu'elles ont été enveloppées de réserves — ou faudrait-il dire à cause de ce fait ? — ces réserves n'étant pas elles-mêmes exemptes d'incertitude. A déclarer que les règles relatives à l'interprétation restrictive ou à l'usage des travaux préparatoires ne peuvent être invoquées que lorsque le traité n'est pas clair, on pose une condition qui constitue

[1] Voir plus bas, pp. 403 et s.

le résultat et non pas le point de départ du processus d'interprétation. En affirmant que ces principes d'interprétation ne sont utilisables qu'à titre subsidiaire, dès le moment où les autres ont échoué, on soutient que ces derniers, sous toutes leurs formes, ne sont que d'un emploi très limité. En effet, il est rare, sinon exclu, qu'on ne puisse obtenir le moindre résultat, si illusoire fût-il, à l'aide de l'une ou l'autre des multiples règles d'interprétation.

Quoi qu'il en soit, et nonobstant le parti que tirent fréquemment les tribunaux internationaux des règles d'interprétation, de la doctrine de droit international paraît se dégager, en général, une tendance à condamner ces règles et à en souligner l'inutilité foncière. Non, certes, que les auteurs en sachent plus long que les tribunaux. Il s'agit simplement d'un cas où les auteurs sont mieux à même d'apprécier les résultats d'une expérience prolongée. Quoi qu'il en soit, selon une opinion qui ne cesse de gagner des partisans, il semble que la plupart des règles ordinaires d'interprétation des traités soient intrinsèquement d'une validité contestable ; que beaucoup d'entre elles soient contradictoires et s'excluent mutuellement, (telle la règle de l'interprétation restrictive, comparée à la règle selon laquelle il faut interpréter les traités de manière à leur permettre de déployer leurs effets utiles plutôt que d'être inefficaces) ; qu'au lieu de faciliter la découverte de l'intention des parties (ce que l'on a considéré comme formant le but principal de l'interprétation), ces règles finissent par obscurcir et entraver cette recherche. En tant que la formule « révéler l'intention des parties » est devenue un cliché, elle peut parfois aboutir à celer les véritables difficultés de l'interprétation. Il y a lieu, en effet, de se demander si l'intention des parties peut être l'élément décisif dans des situations, telles qu'on les trouve fréquemment à propos des instruments internationaux, où le traité, loin d'exprimer l'intention commune des parties,

consigne en fait l'absence d'une telle intention commune ou contient des dispositions contradictoires que l'interprète a pour tâche de réduire à un sens cohérent.

Le présent rapport n'a pour objet ni de passer en revue les diverses règles d'interprétation ni d'examiner le domaine entier de l'interprétation des traités. Mais on peut admettre que l'expérience des méthodes arbitrales et judiciaires de règlement des différends justifie et appelle une déclaration, de la part de l'Institut de Droit international, sur les principales règles gouvernant la question. Même si une déclaration de cette nature était énoncée en la forme négative, elle contribuerait dans une large mesure à élucider l'aspect juridique du problème, à décourager le recours à des formules consacrées par le temps mais foncièrement inutiles et, partant, à faciliter la saine administration de la justice et à assurer un caractère scientifique au processus d'interprétation. Il n'est guère loisible d'espérer que les parties à des différends soumis ou non à des tribunaux internationaux s'abstiendront d'invoquer des arguments tirés de règles d'interprétation depuis longtemps en usage. Mais il vaudrait la peine de faire un effort, sur le plan scientifique, pour décourager l'usage de formules creuses.

L'on se propose, dans le présent rapport, de discuter en premier lieu ce qui forme le pivot de la théorie traditionnelle de l'interprétation, à savoir le principe du « sens ordinaire » — selon lequel il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation en raison de sa clarté apparente. En second lieu, la règle du « sens clair » étant fréquemment invoquée à propos de la question des travaux préparatoires, on s'efforcera d'énoncer à nouveau les principes juridiques régissant la question. En troisième lieu, vu la persistance de la règle relative à l'interprétation restrictive et l'appui qu'elle a trouvé auprès des tribunaux internationaux, il sera nécessaire de réexaminer la situation à ce sujet, soit, en général, en tant que

cette règle est appelée à favoriser la partie débitrice d'une obligation, soit, plus particulièrement, en tant qu'elle s'applique aux Etats indépendants, à l'égard desquels on ne saurait présumer de limitation à leur souveraineté. A ce sujet, et en quatrième lieu, il conviendra d'examiner la règle de l'interprétation extensive, dont le sens principal, bien qu'il ne soit pas le seul, indique que les traités doivent être interprétés de manière à déployer leurs effets utiles, à avoir un but plutôt qu'à n'en point avoir, à être opérants plutôt qu'inopérants, à jouir d'une force opérante plutôt plus grande que moins grande, et à remplir l'objet apparent du traité. Cette règle, qui est incompatible avec le principe de l'interprétation restrictive, a été fréquemment appliquée et de façon frappante par les tribunaux internationaux, y compris la Cour internationale de Justice et sa devancière. En cinquième et dernier lieu, il faudra examiner à nouveau la question de l'intention en tant que celle-ci constitue l'objet fondamental et exclusif de l'interprétation. On essaiera de consigner, sous forme de Résolutions, les résultats de l'examen des cinq problèmes d'interprétation énoncés ci-dessus.

En outre, les Membres de la Commission désireront peut-être examiner en détail les quelques questions suivantes et proposer des Résolutions à leur sujet :

1. *Différence, en matière d'interprétation, entre les « traités-lois » (traités normatifs) et les autres traités*

Il est probable qu'à cet égard comme à d'autres, la vue la plus exacte, c'est qu'il n'y a, en ce qui concerne l'interprétation, aucune différence de nature entre ces deux classes de traités, à supposer qu'ils constituent deux classes distinctes. Tant les traités-lois que les autres traités énoncent des règles de droit, c'est-à-dire des règles de conduite juridiquement obligatoires pour les parties. En matière d'interprétation, la

prétendue différence entre ces deux types de traités a été mise en relief, principalement, dans la discussion relative à l'usage à tirer des travaux préparatoires du Pacte général de renonciation à la guerre (Pacte Briand-Kellogg). Il s'agissait des réserves énoncées par un certain nombre d'Etats au sujet de leur droit de recourir à la guerre en cas de légitime défense, et de décider s'il y avait lieu d'agir ainsi. Certains ont exprimé l'opinion que, contrairement au cas des traités ordinaires, il n'est pas nécessaire de recourir aux travaux préparatoires lorsqu'il s'agit de traités-lois ; ou tout au moins faudrait-il soumettre, dans ce dernier cas, l'usage de ces travaux à certaines limitations. Comme on le verra plus loin, cette opinion est démentie par une jurisprudence abondante, ainsi que par d'impérieuses considérations de principe. D'autre part, l'on a parfois soutenu qu'à l'égard des traités-lois il n'y avait pas lieu d'appliquer le principe *contra proferentem* [1].

Cette seconde exception est également contestable. Pour ces raisons l'Institut attachera sans doute une certaine importance à essayer de réduire à de justes proportions la distinction assez artificielle, en ce domaine, entre les « traités-lois » et les autres traités.

2. *Nature des fonctions d'interprétation assumées par des organismes non judiciaires*

Un examen des organismes habiles à interpréter les traités à l'intérieur et à l'extérieur de l'Etat déborderait le cadre du présent rapport. Cette remarque vaut notamment à l'égard des questions suivantes : l'interprétation des traités rentre-t-elle

[1] Cette opinion a été exprimée au nom du Gouvernement français dans l'Affaire du *Wimbledon* : *Cour permanente de Justice internationale*, série C, vol. I (3), pp. 172 et suiv. Voir aussi Rousseau, *op. cit.*, pp. 762-764. Et voir ci-dessous pp. 402 et suiv.

dans la compétence du pouvoir judiciaire ou dans celle du pouvoir exécutif ? Quel est l'organisme compétent pour interpréter les textes constitutionnels internationaux, tels que la Charte des Nations Unies ? Il convient en revanche de mettre en lumière l'importance du principe selon lequel les organismes non judiciaires, appelés à interpréter les conventions internationales, appliquent des règles de droit ; qu'il faut donc qu'ils agissent dans un esprit judiciaire ; qu'ils doivent faire abstraction de tout changement arbitraire dans la situation politique et qu'ils doivent suivre une méthode susceptible d'application générale.

3. *Hiérarchie des règles d'interprétation*

En troisième lieu, à supposer que, contrairement à l'opinion qui est à la base du présent rapport, les Membres de l'Institut estiment qu'il conviendrait de retenir au moins quelques-uns des canons traditionnels d'interprétation, il serait essentiel d'établir, dans la mesure du possible, une certaine hiérarchie entre ces diverses règles. Il ne sert à rien — et cela dessert l'autorité du droit international — de trouver dans la jurisprudence et la doctrine deux règles, énoncées du même souffle, et dont l'une n'est applicable qu'aux dépens de l'autre. On peut citer, par exemple, la coexistence de la règle selon laquelle, en cas de doute, il faut interpréter les traités de manière qu'ils limitent le moins possible la souveraineté et celle selon laquelle, en cas de doute, il faut les interpréter « extensivement », en vue de les rendre opérants plutôt qu'inopérants.

Le présent rapport n'examinera pas, si ce n'est incidemment, les règles techniques d'interprétation dans leur sens strict, telles que l'argument *a contrario (expressio unius est exclusio alterius)* la règle *contra proferentem*, la question de l'interprétation des traités rédigés dans plusieurs langues, etc.

II.

Théorie du « sens clair »

La théorie du « sens ordinaire » ou du « sens clair » est la règle d'interprétation qui est invoquée le plus fréquemment dans la correspondance diplomatique et dans la procédure arbitrale et judiciaire, — tant par les parties litigieuses que par le tribunal. Ce principe fut énoncé, il y a près de deux cents ans, par Vattel, avec une clarté typiquement illusoire :

> « La première maxime générale sur l'interprétation est qu'il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation. Quand un acte est conçu en termes clairs et précis, quand le sens en est manifeste et ne conduit à rien d'absurde, on n'a aucune raison de se refuser au sens que cet acte présente naturellement. Aller chercher ailleurs des conjectures, pour le restreindre ou pour l'étendre, c'est vouloir l'éluder [1]. »

Ainsi énoncée, la règle paraît éminemment raisonnable. Son évidence explique qu'elle soit si fréquemment invoquée. Son seul inconvénient, mais qui, à l'analyse, est décisif, c'est qu'elle postule comme un fait établi ce qui reste à démontrer ; elle prend pour point de départ de la recherche ce qui, normalement, devrait être le résultat de celle-ci. De même que dans une controverse les parties s'efforcent volontiers d'obtenir un avantage tactique, en qualifiant leur propre thèse de raisonnable et réaliste, tout en désignant celle de leurs adversaires comme une utopie, de même, en matière d'interprétation, les parties ont tendance à caractériser l'interprétation qu'elles ont choisie comme déduite des termes « clairs » du traité. Par conséquent, si le droit régissant cette question devait être

---

[1] Livre II, Chapitre XVII, paragraphe 263.

fondé sur les déclarations des Gouvernements dans le passé, on aboutirait difficilement à des résultats solides et irréfutables. En effet, il est rare que les Gouvernements soient en mesure d'élaborer des principes d'interprétation en dehors des controverses dans lesquelles ils sont engagés. Une occasion de cette nature, particulièrement bienvenue et utile en ce qu'elle permettrait aux Gouvernements de déclarer impartialement leur opinion en matière d'interprétation, paraît se présenter à la suite de la proposition, faite en 1949, par la Commission du droit international, tendant à codifier le droit des traités. Il est probable que, s'ils étaient libres d'exprimer leur opinion en faisant abstraction de toute controverse particulière, les Gouvernements appuieraient l'opinion qu'adopterait, selon Sir Arnold McNair, le Gouvernement britannique à cet égard, à savoir que si ces Gouvernements « étaient invités à examiner nettement la question des « termes clairs », ils estimeraient que cette prétendue règle d'interprétation n'est, comme les autres, qu'un guide superficiel et qu'on ne saurait lui permettre de faire obstacle à la question essentielle en matière d'interprétation des traités, c'est-à-dire à la recherche de l'intention réelle qu'ont eue les parties contractantes en utilisant les termes choisis par elles [1] ».

Telle est, en substance, l'opinion de quelques autres éminents auteurs qui ont particulièrement examiné la jurisprudence des tribunaux internationaux. Le Professeur Hyde, notamment, dans ses remarquables chapitres sur l'interprétation des traités, étudiant particulièrement la pratique de la Cour internationale de Justice et de la Cour Suprême des Etats-Unis, a mis en lumière les aspects décisifs du problème de l'interprétation. « Il faut rejeter », dit-il, « le procédé inutile et dépourvu de caractère scientifique qui consiste à essayer d'apprécier

[1] *The Law of Treaties* (1938), p. 175.

la signification des termes d'un traité par voie de référence à leur prétendu « sens naturel » ou par application de tout autre critère linguistique, puis à s'efforcer d'harmoniser ces termes avec la pensée ou l'attitude des parties contractantes [1]. »

Etudiant l'« ancienne jurisprudence » de la Cour internationale, qui, dans son examen, prenait comme point de départ le sens « naturel », le Professeur Hudson — autorité particulière en la matière — a relevé un certain danger inhérent au fait de laisser ledit « sens naturel » l'emporter sur les résultats obtenus par d'autres méthodes d'examen [2]. Il atténue cependant son cri d'alarme en énonçant que la considération du « sens naturel » comme point de départ « peut être une sage tendance » et qu'« il ne faut pas faire objection au terme choisi pour son effet adoucissant et dont la nature vague permet d'éviter les discussions [3] ». Il n'en est pas moins vrai qu'au yeux de beaucoup, la recherche du « sens naturel » peut exercer un effet lénifiant, mais dans un sens opposé, affaiblissant l'énergie et la vitalité des tribunaux internationaux dans leur effort d'interprétation — et c'est là l'une des principales, sinon la principale, de leurs fonctions. Loin d'avoir écarté les discussions, la recherche du sens ordinaire a donné lieu, avec raison, à de nombreuses critiques. Comme il ressort de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la question de *l'admission des Membres des Nations Unies* [4], cette tendance n'est pas restée limitée à la jurisprudence la plus ancienne de la Cour.

---

[1] *International Law, Chiefly as interpreted and applied by the United States* (2me édition, 1945), vol. II, p. 1470. Voir en général *ibid.*, pp. 1468-1502.

[2] *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942* (1943), p. 645.

[3] *Ibid.*

[4] Voir plus bas, p. 381.

L'attitude de la doctrine actuelle, en droit international, fortement hostile à la théorie du « sens ordinaire », a été déterminée non point tant par les prononcés des tribunaux internationaux — qui vont volontiers dans la direction opposée — que par l'expérience de l'activité judiciaire internationale en ce domaine et par les enseignements qui en découlent. Les décisions, les opinions et les sentences, prises séparément, montrent une inclination pour la théorie du sens ordinaire bien que l'énoncé de celle-ci, loin de jouer un rôle décisif, procède souvent du désir de renforcer la conviction apparente de la décision et d'augmenter la vraisemblance et la solidité d'un résultat obtenu par d'autres voies. Mais il y a eu des cas où un tribunal international, se prévalant de la clarté d'une disposition, s'est contenté d'une recherche, qu'il faut bien considérer comme partielle et insuffisante, de l'intention des parties. Lorsqu'un tribunal qualifie de « claire » une clause contestée et rejette en conséquence toute autre source d'interprétation que le prétendu sens qui se dégage des mots et de la grammaire, le seul point qui d'ordinaire ressorte à l'évidence, c'est que la disposition n'est pas claire du tout ! Si la clause est à ce point discutable que les parties sont prêtes à accepter les frais et les inconvénients d'un procès, si la demande d'avis consultatif est précédée d'une chaude controverse sur les aspects juridiques de la question, tout cela démontre que la disposition ou le terme dont il s'agit ne sont pas « clairs ». Au surplus, lorsque la Cour elle-même se trouve divisée en deux groupes quasi-égaux, l'affirmation, par la majorité ou la minorité, que la clause litigieuse est « claire » constitue une méthode purement subjective équivalant à une pétition de principe. Il convient d'illustrer le problème de quelques exemples.

Dans l'avis consultatif rendu en 1948 sur les *conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies*

(Article 4 de la Charte), la majorité de la Cour s'est fondée presque exclusivement sur « le sens clair des termes [1] » comme démontrant à l'évidence l'intention des auteurs de la Charte. Elle n'a pas tout à fait exclu la possibilité d'« une autre interprétation que celle qu'indique le sens naturel des termes ». Mais, pour agir ainsi, elle déclare qu'« il faudrait une raison décisive qui n'a pas été établie ». Toutefois, la majorité de la Cour a en fait rejeté la possibilité de trouver une raison de cette nature, notamment dans l'examen des travaux préparatoires pertinents. La Cour a énoncé qu'elle « considère le texte comme suffisamment clair ; partant elle estime ne pas devoir se départir de la jurisprudence constante de la Cour permanente de Justice internationale d'après laquelle il n'y a pas lieu de recourir aux travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair [2] ». Comme on l'indiquera plus bas [3], la jurisprudence de la Cour est à cet égard d'une logique plus apparente que réelle. Quoi qu'il en soit, une méthode d'interprétation qui, dans l'examen d'un aspect essentiel d'un traité international fondamental, se borne à tirer certaines déductions rigides du « sens naturel » des termes, court le danger de simplifier à ce point le processus délicat de l'interprétation que cette dernière en perd toute force persuasive. Cela vaut notamment pour une clause dont il est notoire qu'elle a été rédigée à la suite d'une controverse prolongée sur un point fondamental. Il n'est cependant pas certain que si la majorité, à l'instar de quelques juges de la minorité, avait examiné la clause dont il s'agit à la lumière des circonstances de son adoption, consignées ou non dans les

[1] *Recueil des Arrêts, Avis consultatifs et Ordonnances de la Cour internationale de Justice*, 1948, p. 63.

[2] *Ibid.*

[3] Voir p. 391.

procès-verbaux, elle serait arrivée à une conclusion différente de celle qu'en fait elle a atteinte [1]. Mais l'autorité de cette conclusion aurait été renforcée puisqu'on aurait tenu compte de l'intention des parties. C'eût été un moyen de preuve plus solide et plus convaincant qu'un moyen fondé uniquement sur le sens naturel présumé de la clause en question.

Dans l'affaire du *Lotus* la Cour fit application, non pour la première fois d'ailleurs, du principe du « sens ordinaire » en énonçant « qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair [2] ». Mais il était évident que la disposition pertinente du traité n'était en réalité pas claire, soit qu'on la prît en elle-même, soit qu'on l'examinât à la lumière de son contexte (préambule et autres articles du Traité de Lausanne). En énonçant que les questions de compétence entre la Turquie et les autres parties contractantes devaient être réglées conformément aux principes du droit international, le Traité ne consignait pas un accord précis des parties à ce sujet. L'étude des procès-verbaux de la Conférence démontre que la Turquie et la France avaient des vues divergentes à cet égard. L'expression « principes de droit international » n'est pas de celles qui s'expliquent automatiquement. De la division de la Cour en deux groupes égaux, il ressort qu'on n'était pas au clair sur les

[1] L'on pourrait, en effet, soutenir que, bien qu'il ressorte des travaux préparatoires de la Conférence de San Francisco que la majorité des signataires originaires de la Charte ait été peu encline à priver les Membres des Nations Unies d'une très grande liberté d'action dans l'admission de nouveaux Membres, une telle liberté d'action serait tout à fait conforme à la réponse donnée à la question par la majorité de la Cour : voir un passage de la page 63 de l'Avis dans lequel la Cour indique « le caractère à la fois très large et très souple des conditions énoncées » et le fait qu'« elle n'écarte aucun élément politique pertinent, c'est-à-dire se rattachant aux conditions d'admission ».

[2] *Cour permanente de Justice internationale*, Série A, n° 10, p. 16.

principes de droit international qui régissaient le cas d'espèce. A dire, par conséquent, qu'en cette affaire comme en d'autres affaires analogues, le traité est clair et que, partant, il n'y a pas lieu de recourir à d'autres moyens de preuve, on fait application d'une formule dont la nature artificielle n'est que partiellement atténuée par le fait qu'en réalité la Cour avait recherché par d'autres moyens l'intention réelle des parties. D'autre part, en appliquant rigidement la formule du « sens ordinaire », au point d'exclure tout moyen de preuve étranger au texte, on ne saurait éviter des critiques justifiées.

Il ne faut assurément pas espérer que dans leur argumentation juridique (correspondance diplomatique ou procédure devant les organismes arbitraux et judiciaires), les Gouvernements renonceront à une théorie aussi commode. Il faudrait pour cela que les tribunaux internationaux en déconseillassent si fermement l'usage qu'elle deviendrait, pour les parties s'en prévalant, source de faiblesse plutôt que de force. Mais, à l'inverse des parties à un différend, les tribunaux internationaux sont en mesure de rejeter une théorie qui ne saurait assurer ni l'efficacité ni, à la longue, l'économie des fonctions de l'interprète. Aussi bien serait-il inexact de supposer que la jurisprudence des tribunaux internationaux, prise dans son ensemble, vienne soutenir la théorie du « sens ordinaire ». Cette dernière, lorsqu'on en fait application complète, tend à conférer une importance décisive au sens littéral des termes. Dans cette mesure, elle entrera souvent en conflit avec le principe de la bonne foi, qui est peut-être la seule règle d'interprétation incontestée et qui, déjà clairement énoncée par Cicéron, a obtenu l'entière approbation de Grotius : *in fide quid senseris non quid dixeris cogitandum* [1]. Les tribunaux internationaux se sont souvent refusés à se fonder sur le « sens ordinaire » ou

[1] Livre II, Chapitre XVI.

« littéral » des mots. Il suffira de citer à cet égard la sentence rendue dans l'affaire de l'*Ile de Timor*, en 1913, entre les Pays-Bas et le Portugal [1], ainsi que d'autres différends de frontières dans lesquels les tribunaux ont refusé d'attacher une importance littérale aux mots et aux noms figurant dans les traités. Dans l'affaire *Chevreau*, décidée en 1930 entre la Grande-Bretagne et la France, l'arbitre se déclara compétent pour connaître d'un certain aspect du litige, nonobstant les termes clairs du compromis qui paraissaient exclure cette compétence [2]. Dans l'affaire *Savropoulos*, le tribunal arbitral mixte gréco-bulgare prononça, en 1927, que malgré le langage clair du Traité de Neuilly, il n'était pas compétent, sauf à l'égard des demandes se rattachant directement à la guerre [3]. Dans l'affaire de *Polyxene Plessa c. le Gouvernement turc*, bien que, selon l'article 58 du Traité de Lausanne, toutes les puissances contractantes à l'exception de la Grèce, eussent renoncé à présenter des demandes pécuniaires du chef de pertes et dommages, le tribunal estima qu'en dépit des termes évidents du traité, l'examen des circonstances qui en avaient entouré l'adoption et l'étude des travaux préparatoires permettaient de conclure que cette renonciation devait également valoir à l'encontre de la Grèce [4]. Dans l'affaire de la *Dette Ottomane*, sur un point litigieux d'importance, l'arbitre donna la préférence à ce qu'il tint pour l'intention commune des parties

---

[1] Scott, *Hague Court Reports* (1916), pp. 353, 382.

[2] Voir cette sentence dans le *Recueil des Sentences arbitrales* (Nations Unies), 1949, II, p. 1113 ; voir aussi *American Journal of International Law*, 27 (1933), p. 176.

[3] *Annual Digest*, 1927-1928, Case no. 291.

[4] « L'exception accordée à la Grèce avait pour objet non point tant de régler des intérêts juridiques que de tenir compte de certaines considérations d'ordre sentimental ». *Annual Digest*, 1927-1928, Case nº 299.

plutôt qu'à une interprétation littérale du Traité de Lausanne [1]. Dans l'affaire caractéristique de *Lederer c. l'Etat Allemand*, le Tribunal arbitral mixte anglo-allemand statua en 1923, au mépris de la lettre d'une clause fort « claire » (article 297 (h) du Traité de Versailles), que le produit d'une liquidation ne devait pas être porté au crédit de l'Etat dont était ressortissant l'auteur de la demande [2].

L'on trouvera, assurément, des décisions arbitrales qui non seulement adoptent, en le soulignant, le principe du « sens clair », mais qui l'utilisent de pair avec une ou plusieurs règles courantes d'interprétation. Ainsi, dans l'affaire du *Lusitania*, l'arbitre Parker attribua une portée décisive au « premier principe » de Vattel : « Il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation ». L'arbitre estima que le langage « clair et sans équivoque » du traité n'autorisait pas l'octroi de dommages-intérêts au titre de sanctions. En outre, après avoir cité Vattel, il mit en lumière que « s'il nous était nécessaire de les rechercher », toutes les autres règles d'interprétation aboutiraient au même résultat. De ces règles, il en cite deux : selon la première, le traité ayant été conçu dans l'intérêt d'une partie, à savoir les Etats-Unis, il devait être « interprété strictement à l'encontre de cette partie ». Selon l'autre règle, il faut interpréter les dispositions d'un traité de manière qu'elles se conforment autant que possible aux règles établies du droit international plutôt que de déroger à ces règles. Comme « les clauses pénales figurant dans les traités sont odieuses, il faut les interpréter très nettement à l'encontre de ceux qui les invoquent [3] ». Dans l'affaire *George Pinson*, tranchée par la Commission mixte des réclamations mexico-américaine, un

[1] *Ibid.*, 1925-1926, Case nº 270.

[2] *Recueil des décisions des Tribunaux arbitraux mixtes*, 3 (1928), pp. 762-769.

[3] *Decisions and Opinions* (1925), p. 31.

arbitre éminent invoqua en termes catégoriques le principe du « sens clair » ; il alla même jusqu'à ajouter : « Attendu que le texte de la convention est clair en soi, il n'y a aucun motif de tenir compte des prétendues intentions contraires de ses auteurs, à moins que les deux parties ne tombent d'accord que le texte ne correspond pas à leur intention commune [1] ». Il développa sa pensée en énonçant que « dans la mesure où le texte n'est pas suffisamment clair, il est loisible de rechercher l'intention des parties intéressées ». Puis il énumère une série de règles d'interprétation. Il semble donc que l'arbitre ait postulé la possibilité ou le devoir pour les tribunaux internationaux de prononcer sur la base du sens clair présumé, abstraction faite de l'intention des parties. Mais, en général, l'importance attachée à la règle du « sens ordinaire » est moins manifeste dans les arbitrages internationaux que dans la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et de son successeur, encore que, même ici, le « sens ordinaire » ait plutôt joué le rôle de clause de style ou de formule que de moyen essentiel pour arriver à la décision.

Par ailleurs, il convient, pour deux raisons, de tempérer un peu les critiques à l'adresse de la tendance d'attribuer une autorité décisive au « sens ordinaire ».

D'une part, il serait inexact de penser qu'on a fait application de la théorie du « sens ordinaire » comme d'un moyen artificiel en vue d'éviter une tâche plus sérieuse : la recherche de l'intention des parties par d'autres méthodes que par la voie d'un exercice spéculatif d'interprétation logique ou grammaticale. En effet, on a souvent tiré parti du « sens ordinaire » des traités en vue de faire échec à des règles d'interprétation, de nature technique ou autres, dont l'utilité et la validité sont contestables. Par exemple, à diverses reprises, lorsqu'on exposa à la

[1] *Annual Digest*, 1927-1928, Case nº 292.

Cour permanente de Justice internationale l'argument selon lequel il faut interpréter restrictivement les clauses imposant des obligations, cette dernière, tout en donnant à la règle sa bénédiction de principe, ne la déclara pas moins inapplicable aux affaires portant sur un traité dont les termes étaient clairs ou dont la signification pouvait être établie par d'autres moyens d'interprétation.

D'autre part, le processus d'interprétation devant avoir un point de départ, il est raisonnable et même essentiel que ce processus commence avec ce qui paraît être le sens naturel, commun ou « ordinaire » des termes utilisés. On est également fondé à insister — dans l'intérêt de la bonne foi et à raison de la nécessité d'une stabilité minimum dans les relations juridiques, — pour que le fardeau de la preuve incombe à la partie qui affirme soit que le terme dont il s'agit n'a pas été employé dans son acception commune, mais dans un sens technique ou inusité, soit que le « sens clair » n'est pas celui qu'il paraît à première vue. Mais en même temps, il ne faut pas que des règles techniques d'interprétation viennent alourdir à ce point le fardeau de la preuve qu'on en arrive à considérer comme un résultat final ce qui ne devrait être au plus qu'un point de départ, ou à dispenser la Cour de remplir la fonction qui lui appartient en propre : rechercher l'intention véritable des parties. La Cour permanente de Justice internationale a parfois montré qu'elle était consciente du caractère relatif du « sens naturel ». Dans l'affaire concernant le *Statut juridique du Groenland*, la Cour est partie de l'idée que l'expression « Groenland », utilisée par les parties contractantes, visait le sens géographique du terme tel qu'il figurait sur les cartes. Elle ajouta toutefois qu'il n'en fallait pas pour autant exclure la possibilité que l'expression eût été utilisée dans une acception particulière. Mais elle déclara que le fardeau de la preuve incombait à cet égard à la Norvège. C'était à cette dernière

qu'il appartenait de démontrer que, dans lesdits traités, le terme « Groenland » ne visait que la zone colonisée [1]. Dans son avis consultatif sur *le travail de nuit des femmes*, la Cour estima que le texte de l'article pertinent de la convention, en tant qu'il s'appliquait aux « femmes sans distinction d'âge », était « rédigé en termes généraux, exempts d'ambiguïté ». Elle n'en exclut pas cependant pour autant la possibilité qu'en dépit de ces termes généraux, la convention ne fût applicable à certaines catégories de femmes. Mais, dans ce cas, « il est nécessaire de trouver un motif valable pour donner à la disposition une interprétation autre que celle qui est conforme au sens naturel de ses termes [2] ». Dans la sentence arbitrale rendue par le Tribunal arbitral des réclamations entre la Grande-Bretagne et l'Amérique, dans l'affaire *David J. Adams*, le tribunal déclara, chose assez naturelle, que la disposition en vertu de laquelle l'admission des pêcheurs américains était autorisée pour certaines fins indiquées, mais non « pour aucune autre raison » était « parfaitement claire ». Mais la Cour n'exclut pas de ce chef qu'il fût possible « d'administrer à satisfaction de droit, la preuve de l'intention contraire des hautes parties contractantes... en opposition audit sens clair [3] ». Le Tribunal examina

---

[1] Série A/B, nº 53, p. 52.

[2] Série A/B, nº 50, p. 373.

[3] *American Journal of International Law*, 16 (1922), p. 315. Dans l'affaire du *Francisca*, M. Lushington s'exprima de la manière suivante : « Je suis conscient qu'il me faut tout d'abord examiner les articles en eux-mêmes ; si le sens qu'ils doivent exprimer est clair, je n'ai pas le loisir d'aller au delà. » (1855) Spinks Prize Cases, 111, 151. Dans l'affaire des *navires ioniens*, le même juge déclara : « ... les termes, quelque catégoriques et clairs qu'ils soient en eux-mêmes et quel que soit le sens qu'on puisse leur donner, et leur donner nécessairement, lorsqu'ils sont isolés, ces termes peuvent être modifiés par référence à d'autres passages du même instrument. » (*Ibid.*, 193, 198.) Ces deux affaires sont citées par Sir Arnold McNair, *op. cit.*, pp. 184, 198 respectivement.

les moyens de preuve produits, y compris les travaux préparatoires et aboutit à la conclusion que ces moyens ne permettaient pas de s'écarter du sens littéral du traité.

S'il faut que la clarté apparente de la preuve permettant de renverser la présomption initiale du « sens ordinaire » serve de mesure de son exactitude, aucune dose de clarté apparente ne saurait justifier l'exclusion d'une recherche indépendante de l'intention. Le « sens ordinaire » ne saurait, au mieux, être traité autrement qu'une présomption *juris tantum*, qui peut être renversée. Mais il ne faudrait jamais le considérer comme une présomption irréfutable, *juris et de jure*. Un gramme de preuves acquises à l'extérieur ou de considérations fondées sur un examen historique de l'objet du traité peut projeter une lumière beaucoup plus décisive sur l'affaire qu'une tonne de logique mettant en œuvre une interprétation par analogie, par la comparaison avec les textes de divers autres traités, ou par application de règles aussi irréfutables en apparence que celle de l'argument *a contrario*.

En dernier lieu, la règle du « sens ordinaire » présente le désavantage de ne pas résoudre la question de l'interprétation des termes techniques. En réalité, elle fait souvent obstacle à cette solution. La tendance est normale de considérer que le sens populaire correspond au sens « ordinaire » ou naturel. Mais les traités sont des documents juridiques élaborés, en règle générale, par des experts juristes ou par des personnes qui s'entourent de renseignements juridiques. Pour cette raison, il faut présumer que toutes les fois que les parties ont recours à des termes qui, dans la terminologie juridique, ont une acception établie, elles ont entendu utiliser ces termes dans leur sens technique et non point populaire. Cette présomption peut être renversée par des considérations convaincantes, comme le témoigne l'avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale à propos de l'*interprétation de l'accord gréco-*

turc. Dans cette affaire, la Cour prononça que le terme « arbitrage », figurant dans le protocole final, n'était pas entendu dans son sens technique ordinaire [1]. Mais en l'absence de preuve contraire, il faut considérer que les termes techniques ont été choisis en tant que tels. C'est ainsi, par exemple, que le terme « intervention » utilisé dans l'article 2, paragraphe 7, de la Charte des Nations Unies, doit être considéré comme visant l'intervention au sens technique du terme, distinct de la notion populaire d'ingérence ou de manifestation d'intérêt non accompagnée par la force, par la menace de force ou par une exigence d'obéissance conçue comme une obligation juridique. Semblablement, le terme de « location », lorsqu'il figure dans un traité, vise une location et n'est point une vague expression destinée à dissimuler une pure et simple annexion de territoire. Les mots « mandat » ou « tutelle » sont des termes techniques exprimant l'idée d'une tutelle ou d'une délégation de pouvoir incompatible, notamment, avec la pleine souveraineté du mandataire ou du fidéicommissaire sur le territoire dont il s'agit. En certaines occasions (comme dans ce dernier exemple), le sens technique coïncide dans une large mesure avec la notion populaire. A défaut de cela, c'est l'acception technique qui doit fournir le critère exact de l'interprétation quand bien même le « sens ordinaire » irait dans la direction opposée.

III.

Travaux préparatoires

Si la théorie du « sens ordinaire » a graduellement perdu de sa valeur, c'est qu'on a de plus en plus apprécié l'importance

[1] Série B, n° 16, p. 22.

des travaux préparatoires en tant qu'élément d'interprétation. L'examen des travaux préparatoires a occupé une place sans cesse grandissante dans l'activité des tribunaux internationaux. Il est d'ailleurs rare que l'utilisation des travaux préparatoires soit critiquée sans réserves.

Assurément la Cour permanente de Justice internationale et son successeur se sont parfois exprimés en sens contraire. La Cour permanente a par exemple déclaré à plusieurs reprises qu'elle n'était pas obligée — ou qu'elle n'avait pas le droit — de recourir aux travaux préparatoires lorsque le sens du traité était « clair ». Toutefois, dans la plupart des cas où la Cour a énoncé que le recours aux travaux préparatoires était conditionné par l'obscurité du texte, elle n'a pas manqué de les examiner, soit parce qu'elle estimait que le traité n'était pas clair [1], soit le plus souvent pour corroborer un résultat obtenu par d'autres méthodes. Dans ce dernier cas, comme on l'a fait remarquer à juste titre, il n'est rien moins que certain que les événements se soient déroulés, en réalité, dans l'ordre indiqué par l'arrêt ou l'avis de la Cour. Il est possible que la clarté du sens, prétendûment confirmée par les travaux préparatoires, ait été assurée par la lumière que projetait l'examen de ceux-ci. Ce n'est qu'à titre exceptionnel, comme dans l'avis consultatif précité, relatif à *l'admission des Membres des Nations Unies*, que la Cour a rejeté nettement l'examen des travaux prépara-

---

[1] Voir, par exemple, l'*affaire franco-hellénique des phares*, dans laquelle la Cour déclara : « La Cour ne peut pas considérer l'expression « dûment intervenu » comme un terme technique dont la portée est toujours invariable. Si le contexte n'est pas suffisant pour établir le sens exact dans lequel les Parties en cause ont employé ces mots dans le compromis, la Cour, selon sa jurisprudence, doit avoir recours aux travaux préparatoires de cet acte pour se renseigner sur la véritable intention des Parties. » (Série A/B, n° 62, p. 13.) Voir aussi dans le même sens l'avis consultatif sur le *traitement des nationaux polonais à Dantzig*, Série A/B, n° 44, p. 33.

toires en soutenant que la disposition pertinente était claire. Comme on l'indiquera plus bas, une telle attitude prête le flanc à de graves critiques.

Ce qui, en réalité, prédomine, c'est que le recours aux travaux préparatoires est une méthode constamment employée par les tribunaux internationaux en matière d'interprétation des traités [1]. Il n'y a d'ailleurs pas lieu de s'en étonner : si l'interprète a pour tâche de rechercher l'intention des parties, comment pourrait-il mieux arriver au but, en cas de litige, qu'en étudiant les procès-verbaux et les documents relatifs aux négociations, les instructions transmises aux délégués, les comptes rendus des discussions, les états successifs du projet, les déclarations prononcées d'un commun accord, les rapports autorisés, bref tous les documents qui ont précédé la conclusion du traité ? Cette méthode-là n'est pas toujours d'une application aisée ; il est beaucoup plus simple et apparemment plus économique de confier à la fine lame de l'interprétation logique ou grammaticale le soin de trancher le nœud de la controverse. Les travaux préparatoires sont fréquemment prolixes, ils fourmillent de répétitions, de contradictions et, lorsqu'il s'agit de traités multilatéraux, ils révèlent davantage les vues des délégués les plus éloquents que celles des plus importants, des mieux instruits ou des plus influents. Les travaux préparatoires sont souvent consignés en des documents incomplets, défectueux ou erronés. Beaucoup dépend à cet égard de l'organisation maté-

---

[1] Tel est le résultat de l'examen auquel avait procédé l'auteur du présent rapport dans le *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 48 (1934) (II), pp. 713-815, et dans le *Harvard Law Review*, 48 (1935), pp. 549-591. Telle est également l'opinion de la plupart des auteurs, y compris ceux du projet relatif aux traités, élaboré par le Harvard Research Bureau (1935) (Article 19, pp. 956-966), lequel a consacré un examen approfondi à la question. On trouvera une liste de ces auteurs dans le traité d'Oppenheim, *International Law* (7me édition, 1948), p. 862.

rielle de la conférence et de la valeur de son secrétariat. Il arrive souvent qu'au cours des débats, dans le feu de l'enthousiasme, soient prononcées des opinions ou des déclarations que l'on estime plus sage par la suite, dans les documents écrits, de modifier ou d'entourer de réserves [1]. Et ce sont cependant les paroles prononcées oralement qui provoquent les réponses et qui constituent la substance des débats. En outre, au cours des négociations, les Etats en cause modifient les vues qu'ils avaient émises en des occasions précédentes. L'examen d'un chapitre particulier des travaux préparatoires, à l'exclusion des autres, court ainsi le risque d'être incomplet et erroné [2]. Pour d'autres motifs encore les travaux préparatoires peuvent conduire à des conclusions inexactes et unilatérales, à moins qu'on ne veille à les considérer dans leur intégralité. Dans l'affaire du *Lotus*, par exemple, le Gouvernement français invoqua, à l'appui de son argumentation principale, le rejet par la Conférence d'un projet turc, qui avait revendiqué pour la Turquie compétence pour connaître des délits commis dans certains cas en dehors du territoire turc. La Cour constata qu'à une exception près, aucun motif n'avait été donné pour le rejet du

[1] La Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale en décembre 1948, ne constitue pas un instrument juridique soumis aux règles juridiques ordinaires d'interprétation. Pour cette raison, elle est sans intérêt aux fins de la présente étude. Mais il est intéressant de comparer le compte rendu des discours prononcés lors de la dernière séance de l'Assemblée et consignés dans le compte rendu sommaire avec la version plus sobre qui figure dans les procès-verbaux de l'Assemblée générale.

[2] Le Professeur Guggenheim, dans son *Lehrbuch des Völkerrechts*, I, (1948), p. 126, contestant la possibilité de faire usage des travaux préparatoires dans le cas des traités multilatéraux, attache de l'importance au fait que ces travaux ont passé par diverses phases. Mais c'est à l'organisme chargé de l'interprétation qu'il incombe d'examiner et d'articuler entre elles les diverses phases des travaux préparatoires.

projet turc. Par conséquent, il n'était pas possible de déduire de ce rejet la conclusion qu'une telle compétence fût contraire au droit international. Au surplus, l'examen des travaux préparatoires, entrepris par la Cour, démontra qu'on avait également rejeté un autre projet limitant expressément la compétence des parties aux seuls délits commis sur leur territoire [1]. De même, seul l'examen des travaux préparatoires, pris dans leur ensemble, permettra de dire s'il y a lieu d'appliquer la théorie dite de la « fusion », selon laquelle le traité, dans sa forme finale, a pour effet de fusionner et d'absorber les manifestations contradictoires d'intention. Cet examen montrera également si l'on est fondé à permettre aux expressions divergentes d'intention de jouer un rôle indépendant dans le processus d'interprétation.

Une étude aussi approfondie des documents volumineux formant les travaux préparatoires impose assurément un effort considérable aux tribunaux internationaux. On ne voit cependant guère de méthode plus efficace que celle qui consiste à démêler laborieusement l'écheveau, truffé de contradictions, des travaux préparatoires, en tant que ceux-ci sont accessibles. On ne soutiendra pas que ces travaux offrent, seuls, une méthode permettant de rechercher l'intention des parties. La logique, le contexte, la grammaire, le « sens naturel », les présomptions, le principe de l'effet utile, les conditions historiques et l'objet présumé du traité (pour la découverte duquel les travaux préparatoires ont une certaine importance), l'attitude des parties postérieurement à l'adoption dudit traité, — tous ces éléments jouent un rôle considérable et légitime dans la recherche de l'intention des parties. Mais si, dans l'examen d'une clause litigieuse d'un important traité multilatéral, un juge international devait se limiter au texte seul, faisant abstraction des documents

[1] Voir série A, n° 18, pp. 16, 17.

écrits où sont consignées les paroles réelles et les déclarations solennelles prononcées par les parties, sa décision donnerait une impression troublante d'inachevé. Il y a une très grande différence, en ce qui est de l'autorité et de la force de conviction d'un jugement, entre le rejet total des travaux préparatoires et la constatation, après les avoir examinés, qu'à raison de leur nature incomplète ou contradictoire, ils n'offrent aucun indice permettant de découvrir l'intention des parties ou n'apportent aucun soutien à la thèse de la partie qui a entendu s'en prévaloir à l'encontre de ce qui paraissait être à première vue le sens naturel des termes du traité [1].

---

[1] Pour cette raison, il semble que l'autorité considérable de l'avis consultatif, rendu à l'unanimité par la Cour internationale de Justice, sur la question de la *réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, est un peu affaiblie, inutilement peut-être, par le fait que la Cour s'est abstenue d'examiner ou de viser les travaux préparatoires pertinents de la Conférence de San-Francisco. Une partie de ces travaux, mais une partie seulement, paraît indiquer que les auteurs de la Charte se sont abstenus, de propos délibéré, d'attribuer la personnalité internationale aux Nations Unies. De plus, ils ont rejeté la proposition belge tendant à reconnaître expressément que l'Organisation possédait un statut international et les droits y relatifs (Doc. 524.IV/2/26). C'est ainsi, d'ailleurs, que le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis comprit la situation, tel que cela ressort de son rapport au Président. (*The Charter of the United Nations. Hearings before the Senate Committee on Foreign Relations*. 1945, p. 135). Il explique qu'on ait omis d'attribuer expressément la personnalité internationale aux Nations Unies par la raison que le Comité, chargé de la question, « était désireux d'éviter qu'on ne puisse sous-entendre que les Nations Unies fussent un super-Etat ». *(Ibid.)* Si les travaux préparatoires se réduisaient à ce texte, l'avis de la Cour serait plus difficilement acceptable que ce n'est le cas. Mais il ressort du rapport présenté par le rapporteur du Comité compétent (IV/2) que le rejet de la proposition belge ne signifiait pas qu'on eût repoussé les vues qu'elle représentait. Le rapport expose qu'en ce qui est de la personnalité juridique internationale, il était « superflu » d'en faire l'objet d'un texte, ajoutant que la question de cette personnalité « sera, en effet, implicitement réglée par l'ensemble

L'on ne serait certes pas fondé à faire abstraction des travaux préparatoires là où ils sont précis et sans équivoque. Il serait sans doute vain de spéculer sur le point de savoir si un rapport, qui n'a pas été contredit, émanant du rapporteur d'une commission, possède une autorité analogue à celle d'une disposition conventionnelle. Mais il serait également vain de lui dénier toute valeur lorsqu'il s'agit d'élucider l'intention des parties. Il en est ainsi, à plus forte raison, des déclarations expresses et solennelles prononcées par la Commission comme telle ou par ses membres individuels. Comme cela s'est passé lorsqu'il s'agissait de savoir si un Etat pouvait se retirer de l'Organisation des Nations Unies, les parties peuvent avoir des raisons pour s'abstenir d'insérer dans un traité une clause définie et pour se contenter de ce qui est, à leurs yeux, une formulation moins solennelle, mais suffisante, de leur volonté. Un procédé de cette nature peut prêter le flanc à la critique, mais c'est une critique qui est dépourvue de toute pertinence en ce qui concerne la découverte de l'intention clairement révélée des parties et la suite à donner à cette découverte. On ne saurait nier le fait qu'à l'inverse de la plupart des contrats de droit privé, les travaux qui précèdent la conclusion des traités, particulièrement des traités multilatéraux, font l'objet de longues délibérations et possèdent un degré d'authenticité proportionné à l'importance de la question. C'est là une des principales raisons expliquant l'aisance et l'entrain avec lesquels les parties font état

---

des dispositions de la Charte ». (Rapport du Comité IV/2, A. Doc. 803. UNCIO, Vol. 13, p. 818.) C'est bien ce qu'a fait la Cour en réalité. Elle s'est fondée sur l'intention qu'avaient eue les parties, d'après les travaux préparatoires, de laisser l'avenir déterminer avec précision le statut juridique des Nations Unies. La force de conviction et l'autorité de l'avis auraient été augmentés par les preuves énoncées ici, lesquelles auraient démontré que, nonobstant certaine apparence contraire, l'avis ne méconnaissait point l'intention déclarée des auteurs de la Charte.

de ces travaux, notamment la partie qui, au début de la procédure, leur avait dénié toute valeur probatoire. Pour cette raison également, l'usage de ces travaux est devenu si important à l'époque moderne où les négociations et les conférences précédant l'adoption de traités généraux ou particuliers sont habituellement publiques et font l'objet de procès-verbaux et d'une documentation dont l'abondance est souvent source d'embarras. En un sens, la question des travaux préparatoires est sans doute un problème technique des moyens de preuve. Mais dans son essence, elle forme un élément fondamental, peut-être le plus important, en matière d'interprétation des traités. Cela vaut notamment pour l'interprétation d'actes internationaux de caractère général telle que la Charte des Nations Unies. Interpréter la Charte sans se référer aux vastes ressources qu'offrent les travaux précédant sa conclusion, équivaut à adopter la méthode de la « Begriffsjurisprudenz », dans son acception la plus discutable. A la connaissance de l'auteur du présent rapport, il n'existe à ce jour aucun ouvrage sur la Charte — commentaires généraux ou monographies sur l'un de ses aspects particuliers — qui ne se fonde principalement ou exclusivement sur les travaux préparatoires, pour employer un terme général [1].

A cet égard, il convient d'indiquer les limites précises, fixées par la Cour permanente de Justice internationale, à l'usage des travaux préparatoires dans les cas où certaines des parties en cause n'ont pas pris part à ces travaux en tant qu'ils concernaient la clause sur laquelle porte la controverse. Dans l'affaire

[1] Voir notamment Goodrich and Hambro, *Charter of the United Nations* (2me éd., revisée, 1949) ; Kopelmanas, *L'Organisation des Nations Unies*, Vol. I (1947) (œuvre d'exceptionnelle valeur) ; Kaeckenbeeck, « La Charte de San-Francisco » dans *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, Vol. 70 (1947) (I) ; voir aussi l'ouvrage général du prof. Kelsen : *The Law of the United Nations* (1950).

relative à la *juridiction de la Commission internationale de l'Oder*, la Cour rendit, en 1929, une Ordonnance énonçant que, trois des parties en cause n'ayant point pris part aux travaux de la Conférence qui avait préparé le Traité de Versailles, « le compte rendu de ces travaux ne pouvait servir à déterminer, à leur égard, la portée du Traité [1] ». La Cour essaya ensuite de préciser la portée de sa décision — la rendant ainsi plus discutable — en déclarant qu'elle s'appliquait avec une force égale tant aux passages antérieurement publiés de ce compte rendu qu'à ceux qui avaient été reproduits pour la première fois dans les pièces écrites de la procédure par devant la Cour. Il est douteux que cette décision ainsi expliquée, c'est-à-dire en tant qu'elle vise les travaux préparatoires antérieurement publiés, puisse résister à l'épreuve d'une critique fondée soit sur le principe, soit sur de pures considérations pratiques. Appliquée par exemple à la Charte des Nations Unies, cette règle aurait pour effet — à supposer que le recours aux travaux préparatoires soit autorisé à l'égard des Etats ayant participé à la Conférence de San-Francisco — que l'interprétation d'une disposition particulière de la Charte devrait intervenir selon des méthodes et des sources d'interprétation variables. Cela entraînerait des conséquences divergentes ou contradictoires, puisque, dans chaque cas, il faudrait savoir si l'une des parties en cause avait pu prendre part aux travaux préparatoires. A mesure qu'augmente le nombre des Etats ayant adhéré à la Charte, cette décision aboutirait à exclure, dans la plupart des cas concrets, l'usage des travaux préparatoires, source vitale d'interprétation. Il suffirait qu'une seule des parties litigieuses ait été absente de la Conférence de San-Francisco pour éliminer

[1] Série A, n° 23, p. 42. La même thèse fut soutenue par la Grande-Bretagne en l'affaire des *décrets de nationalité à Tunis et au Maroc*, à propos du Pacte de la Société des Nations ; Série C, n° 2, p. 197.

les travaux préparatoires. Au surplus, abstraction faite de tout différend, il faudrait interpréter toute disposition de la Charte selon un double étalon, l'un étant applicable aux participants à la Conférence de San-Francisco entre eux, et l'autre valant à l'égard des membres des Nations Unies en général.

Mais pour des raisons plus impérieuses encore que les inconvénients que causerait l'adoption du principe énoncé en l'affaire de la juridiction de la Commission de l'Oder, il est difficile de l'admettre comme une proposition juridique solide. Le fondement même de ce principe est des plus discutables puisqu'il postule l'existence du sens objectif d'un terme ou d'une clause, — du sens naturel, « ordinaire », dissocié de l'intention des parties responsables du choix de ce terme. Selon cette opinion, il semblerait que les Etats adhérant à un traité après qu'il a été rédigé sont liés par une abstraction que traduisent des mots, indépendamment de l'intention des auteurs du traité. Et cependant, dire qu'un traité, une fois conclu, possède une existence propre indépendante des négociations qui l'ont précédé, équivaut à soutenir qu'il a une signification indépendante de l'intention des parties contractantes. Il n'y a pas plus de raison d'admettre que des Etats adhérents ne puissent être liés par les travaux préparatoires qu'il n'y en a de soutenir que lesdits Etats ne devraient pas être liés par l'expression finale de l'intention, telle qu'elle est consignée dans le traité. En effet, ils sont restés étrangers aux deux choses. Il semble que la seule solution adéquate consiste à dire que les Etats adhérents devraient accepter le traité tel qu'*à leur connaissance* l'ont entendu et l'ont voulu les parties originaires. Mais il faut pour cela que les travaux préparatoires soient consignés dans des documents, qu'ils soient publics et accessibles. Dans cette mesure l'Ordonnance de la Cour en l'affaire de la Commission de l'Oder est recommandable comme énonçant une règle solide et pratique.

L'hésitation qui s'est manifestée à propos du recours aux travaux préparatoires ; la formule prudente et vide dont, parfois, la Cour internationale de Justice a fait état, en affirmant qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte des travaux préparatoires lorsque le sens du traité était clair ; l'utilisation, par les parties en cause, de cette formule, quand il leur convenait, tout cela a reçu un renfort considérable grâce à l'idée qu'il y aurait à cet égard une opposition entre les prétendues écoles anglo-américaine et continentale. Hormis quelques exceptions isolées, cette thèse n'a pas été soutenue par la doctrine américaine ; elle est contraire à la jurisprudence des tribunaux américains en matière d'interprétation de textes légaux et constitutionnels. Elle n'est pas davantage corroborée par la pratique judiciaire britannique. Etudiant la question de manière approfondie, Sir Arnold McNair arrive à la conclusion que, bien que les tribunaux britanniques écartent en général l'examen des pourparlers préliminaires, des états successifs de la rédaction et des débats parlementaires en matière d'interprétation légale, « il est amplement prouvé que, lorsqu'il s'agit de l'interprétation des traités, une pratique différente a obtenu la sanction tant de l'opinion gouvernementale que de la jurisprudence des tribunaux [1].» Si les représentants britanniques se sont parfois opposés à l'usage des travaux préparatoires devant les tribunaux internationaux, ils n'ont pas manqué de s'en prévaloir en d'autres occasions. Il est des cas où, après avoir soulevé une objection de principe contre les travaux préparatoires, ils ont estimé utile de les invoquer à l'appui de certaines parties de leur thèse. Les membres britanniques de la Cour internationale ont souvent

[1] *The Law of Treaties* (1938), p. 262. L'auteur du présent rapport a soutenu la même opinion dans un article intitulé : « The so-called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law », dans le *British Year Book of International Law*, 12 (1931), pp. 43, 44, et dans les ouvrages cités plus haut, à la p. 392, note.

fait état des travaux préparatoires, soit dans leurs opinions individuelles, soit dans des décisions collectives auxquelles ils avaient participé. On a exagéré, hors de toute proportion, la prétendue divergence entre l'opinion et la méthode des pays anglo-américains d'une part et des pays continentaux d'autre part, dans le domaine du droit international. Cette division n'existe probablement même pas. Cela vaut en particulier en ce qui concerne les travaux préparatoires. Mais « la divergence qui sépare deux écoles » est un argument extrêmement séduisant, ce qui explique dans une large mesure les déclarations faites à cet égard par les tribunaux internationaux et notamment par la Cour permanente de Justice internationale. Un tribunal international qui s'estime obligé d'appliquer les principes de droit international généralement établis et les principes généraux de droit hésitera à donner sa sanction à une pratique qu'on lui affirme contraire à un important système juridique. Comme on l'a vu, il est douteux que la Cour ait en réalité suivi à la lettre la règle, souvent exprimée, qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des travaux préparatoires lorsque le traité est clair. Elle l'a invoquée avec une régularité frappante pour corroborer l'interprétation d'une clause qu'elle estimait claire. Mais la ligne de démarcation est élastique et incertaine entre ce qui est confirmation d'une opinion déjà arrêtée grâce à d'autres méthodes et recherche d'arguments destinés à étayer cette opinion avant sa formulation définitive. En tout état de cause, tant l'expérience de la jurisprudence internationale en matière arbitrale et judiciaire que l'examen critique des problèmes ainsi soulevés montrent qu'il est grand temps de dissiper les doutes qui pourraient exister quant à la justification pleine et entière de l'usage des travaux préparatoires, en tant que tels, facteur essentiel en matière d'interprétation. A éclaircir de la sorte la situation, on découragerait l'usage de maints arguments stériles souvent prononcés au cours du débat judiciaire.

Cela permettrait certaines économies dans les procédures écrite et orale. Et cela diminuerait le danger qui menace les tribunaux internationaux lorsque leur est confiée la tâche délicate de débrouiller la complexité des travaux préparatoires : tendre à résoudre la difficulté d'une manière qui ne saurait guère favoriser la cause de la justice internationale, c'est-à-dire en faisant complète abstraction des travaux préparatoires.

IV.

L'interprétation restrictive et l'interprétation extensive. Le principe de l'effet utile ou de l'efficacité

Si la question des travaux préparatoires forme le principal problème technique (et pourtant fondamental) de l'interprétation des traités, la dichotomie de l'interprétation restrictive et de l'interprétation extensive en constitue le principal problème de fond, problème non moins important. Il y a évidente contradiction entre la règle qu'il faut interpréter les engagements conventionnels de manière à imposer le minimum d'obligations à la partie débitrice et le principe qu'il faut interpréter les dispositions des traités de manière à leur assurer un degré d'efficacité adéquat, sinon maximum. Le caractère artificiel des règles traditionnelles d'interprétation éclate devant la constatation que ces deux règles sont souvent énoncées côte à côte, dans la même liste et, même, qu'elles font suite l'une à l'autre sans qu'on cherche à expliquer ce qui à première vue est une contradiction évidente.

La règle de l'interprétation restrictive apparaît parfois en droit interne, à propos de l'interprétation des contrats, sous la forme du principe *in dubio mitius*. Selon cette présomption, au cas où la clause du contrat est équivoque, le sens qu'il faut préférer

est celui qui est le moins onéreux pour la partie débitrice de l'obligation. On peut objecter à ce principe qu'il ne tient pas compte des avantages que le débiteur a obtenus en contre-partie de ses engagements. Ce principe part de l'idée que l'obligation contractuelle présuppose une restriction de la liberté. En réalité, ce sera souvent le contraire. Un contrat entre parties d'inégale puissance économique aboutira fréquemment à consacrer un état de sujétion et de servitude. Mais tel n'est pas son vrai caractère. Le principe *in dubio mitius* n'est pas davantage une règle absolue pour l'interprétation des actes de droit privé. Au contraire, selon une règle d'interprétation bien établie, les dérogations à une donation ne sauraient être présumées et c'est au donateur qu'il incombe de prouver une dérogation à la plénitude apparente de la donation. En ce qui est des traités, les exagérations de la maxime *in dubio mitius* ont été amplifiées par des considérations déduites de la souveraineté des Etats. « Le droit international régit des rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci... Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas [1]. » Ces principes, que la Cour permanente de Justice internationale a énoncés dans l'affaire du *Lotus* à propos du droit international coutumier, sont plus facilement applicables encore lorsqu'il s'agit de traités. En réalité, la règle de l'interprétation restrictive a été invoquée si souvent par devant les tribunaux internationaux qu'il conviendrait, en vue d'accélérer les procédures internationales, d'en décourager l'usage avec plus de vigueur que ne l'ont fait jusqu'à présent les tribunaux internationaux. Le premier arrêt de la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire du *Wimbledon* semblait indiquer que la Cour allait contribuer de manière décisive à placer sous son jour véritable

[1] Série A, n° 10, p. 18.

cet aspect de l'interprétation. En effet, dans un passage souvent cité, elle énonça que : « La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un Etat s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute Convention engendrant une obligation de ce genre apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'Etat, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'Etat [1]. » Toutefois, dans le même arrêt, on trouve les premiers jalons d'une série de déclarations [2], presque identiques de langage par lesquelles la Cour accepte expressément la règle de l'interprétation restrictive à l'égard des clauses apportant une limitation à la souveraineté de l'Etat. « Ce dernier fait suffit », dit la Cour, « pour que la clause qui consacre une telle limitation doive en cas de doute être interprétée restrictivement [3]. » Elle fait ensuite une réserve au principe de l'interprétation restrictive : « Toutefois, la Cour ne saurait aller, sous couleur d'interprétation restrictive, jusqu'à refuser à l'article 380 le sens qui est commandé par ses termes formels. Ce serait une singulière interprétation que de faire dire à un traité exactement le contraire de ce qu'il dit [4]. »

Fréquemment, dans la jurisprudence de la Cour, on trouve combinés la reconnaissance du principe de l'interprétation restrictive et le refus d'en faire usage dans le cas d'espèce pour la raison que le traité est clair ou qu'on ne peut recourir à

---

[1] Série A, n° 1, p. 25. Voir aussi dans le même sens l'affaire de la *Juridiction de la Commission européenne du Danube*, Série B, n° 14, p. 36, et l'affaire de l'*Echange des populations grecque et turque*, Série B, n° 10, p. 21.

[2] Voir plus bas, page 409, notes 2 et 3.

[3] *Ibid.*, page 389.

[4] *Ibid.*

l'interprétation restrictive que lorsque toutes les autres méthodes d'interprétation ont échoué [1]. Cette tendance s'est d'ailleurs atténuée dans la pratique plus récente. Il n'est, semble-t-il, pas d'exemple que la Cour ait statué en se fondant exclusivement sur le principe de l'interprétation restrictive. En réalité, sa manière d'énoncer ledit principe en a réduit au minimum l'usage probable. On ne saurait attendre autre chose de déclarations comme celle qui souligne la nature subsidiaire de ce mode d'interprétation (il n'y a lieu de faire usage de l'interprétation restrictive que si tous les autres moyens d'interprétation ont échoué) [2]. Il n'est guère probable que cette situation se présentera, tout particulièrement si l'on admet que le recours aux travaux préparatoires est un moyen légitime d'établir l'intention des parties. (On peut supposer qu'en énonçant que l'usage des travaux préparatoires n'est autorisé que si le traité n'est pas clair, la Cour n'a pas entendu partir de l'idée que la règle de l'interprétation restrictive est suffisamment efficace pour permettre d'élucider une disposition qui demeurerait autrement équivoque, et qu'elle n'a pas voulu priver ainsi de son utilité

---

[1] Voir l'affaire du *Service postal de Dantzig*, Série B, n° 8 ; l'affaire de la *Juridiction de la Commission de l'Oder*, Série A, n° 23, p. 26 ; l'affaire concernant la *Compétence de l'Organisation internationale du Travail*, Série B, n° 13 ; l'affaire des *Zones Franches*, Série A/B, n° 46, p. 167.

[2] Voir notamment la manière dont la Cour a examiné l'argument de l'interprétation restrictive en l'affaire de la *Commission internationale de l'Oder*, Série A, n° 23, p. 26. « Cet argument, juste en lui-même, ne doit être employé qu'avec la plus grande prudence. Il ne suffit pas, pour y avoir recours, que l'analyse purement grammaticale d'un texte ne donne pas des résultats certains ; il y a bien d'autres moyens d'interprétation, en particulier le recours aux principes qui régissent la matière à laquelle le texte a trait ; ce sera seulement si, tout élément pertinent ayant été pris en considération, l'intention des Parties n'en reste pas moins douteuse, qu'il y aura lieu de se prononcer pour l'interprétation plus favorable à la liberté des Etats. »

ou de son fondement le recours à ces travaux. Comme le principe de l'interprétation restrictive n'est applicable que si le traité n'est pas clair, il ne saurait être un facteur qui, tout en ayant pour objet d'élucider le traité, rendrait inutile le recours à d'autres modes d'interprétation.)

Hormis une exception d'ailleurs équivoque [1], la Cour internationale de Justice ne s'est pas seulement abstenue de faire usage, dans sa pratique, de la règle de l'interprétation restrictive. Comme on le verra bientôt, elle a souvent, et de manière frappante, fait état de la règle opposée en appliquant le principe de l'« efficacité » des traités générateurs d'obligations et celui de la prise en considération de l'objet ou du but général du traité dans son ensemble. Il n'en reste pas moins qu'en rappelant si fréquemment la règle de l'interprétation restrictive, la Cour a contribué à assurer la longévité de ce principe dans les sentences arbitrales [2], dans les écritures des parties et dans la doctrine du droit international. A observer le sort que la Cour a fait elle-même subir à cette règle et vu les considérations énoncées au début du chapitre IV du présent rapport [3], on peut vraiment se demander si la règle de l'interprétation res-

[1] Dans l'affaire des *Zones Franches* (seconde phase), Série A, nº 24, p. 12, il est cependant douteux qu'il s'agît, en l'espèce, de l'interprétation d'une disposition conventionnelle précise.

[2] Voir notamment le passage suivant de la sentence rendue en 1930 par le Prof. Borel, seul arbitre en l'affaire du *Kronprins Gustaf Adolf* entre la Suède et les Etats-Unis. « Considérant l'état de liberté et d'indépendance qui est naturel et inhérent aux Etats souverains, on ne saurait présumer qu'ils en ont fait abandon d'une part. Il en résulte qu'il faut tenir les Hautes Parties Contractantes à un traité pour liées seulement dans les limites de ce qu'on peut trouver énoncé clairement et sans équivoque dans les dispositions qu'elles ont acceptées. En cas de doute, il faut interpréter ces dispositions en faveur de la liberté et de l'indépendance qui sont naturelles aux parties en cause. » (Nations Unies, *Recueil des Sentences arbitrales*, II, p. 1254.)

[3] Voir ci-dessus, page 402.

trictive mérite d'être plus longtemps qualifiée d'intrinsèquement solide. Une maxime souvent invoquée et rarement, si jamais, appliquée n'a aucun droit à être ainsi désignée. Elle est sans fondement, à moins qu'on ne prenne les notions de souveraineté et de liberté présomptive d'action comme l'élément décisif et le point de départ de l'interprétation. Mais il n'y a aucune raison de le faire. Les traités — comme le droit international en général — ont pour objet réel de limiter la souveraineté des Etats dans le domaine particulier que régissent ces traités. Ils ont pour but d'énoncer des règles de conduite en limitant, dans ce domaine particulier, la liberté d'action des Etats. Les traités perdraient dans une large mesure leur signification si on ne les concevait comme destinés à remplir cette fonction. Pour la même raison, il y a moins de vérité qu'on ne le croit généralement dans la thèse selon laquelle, une dérogation à un principe général ne pouvant être présumée et la souveraineté des Etats formant la règle décisive, l'interprétation restrictive devrait être de rigueur. En fait, et à moins de n'avoir qu'un caractère purement déclaratoire, les traités ont pour objet réel de déroger à des principes généraux reconnus et de limiter la liberté d'action des Etats par l'énoncé d'obligations spécifiques. Si tel n'était pas le cas, il n'y aurait aucune raison de conclure des conventions.

Parallèlement à la règle de l'interprétation restrictive en raison de la souveraineté des Etats, on trouve la règle voisine qu'il faut, en cas de doute, interpréter les traités à l'encontre de la partie responsable de la rédaction de la clause litigieuse ; qu'il faut, en d'autres termes, les interpréter *contra proferentem.* Cette règle ne se trouve pas fréquemment dans la jurisprudence [1]. Mais, comme beaucoup d'autres règles techniques

[1] La Cour permanente de Justice internationale en a fait usage en une occasion, dans l'affaire des *Emprunts brésiliens*, à propos d'un instrument qui n'était pas un traité international (Série A, nº 21, p. 114) ; voir aussi

d'interprétation, elle occupe une place importante dans les traités, où on l'a parfois utilisée, pour des raisons dont la valeur n'est pas très claire, à l'appui de la distinction entre les traités-lois et les autres traités [1]. En ce qui concerne les traités, on ne saurait guère considérer cette règle comme convaincante ou comme présentant une réelle utilité pratique. A l'exception de ceux qui sont imposés par la force, les traités sont le résultat d'un effort commun et le produit de négociations prolongées. Ils ne sont pas calqués sur des projets imposés par l'une des parties. Dans la mesure où une disposition particulière est empruntée au projet d'un des négociateurs, aucune raison sérieuse ne permet d'admettre que cette partie ait usé d'une habileté et d'une perspicacité si égoïstes qu'on en puisse déduire qu'elle avait seulement visé à défendre ses propres intérêts et que la fonction de l'interprète consisterait à défendre, par voie de compensation, les intérêts de l'autre partie.

La maxime de l'interprétation restrictive n'est pas seulement de valeur contestable en soi. Une fois qu'on l'adopte, on a tendance à en généraliser l'usage et à l'appliquer, en en accentuant l'importance, à certaines catégories particulières de traités. On a soutenu par exemple qu'il fallait interpréter restrictivement les clauses conférant juridiction à des tribunaux internationaux, vu qu'elles apportaient une dérogation à la

---

l'opinion de l'arbitre Parker dans l'*Affaire du Lusitania*, citée plus haut, p. 385, et la décision du tribunal arbitral mixte germano-roumain, rendue en 1926 dans l'affaire *Weitzenhoffer c. l'Allemagne : Annual Digest*, 1925-1926, Case nº 278. Voir aussi *Ibid.* 1931-1932, Case nº 206. *(Sch. c. Allemagne)*, décision de la Cour suprême allemande à propos du Traité de Versailles.

[1] Voir Rousseau, *op. cit.*, pp. 745, 762, et voir, dans le même sens, les conclusions du conseil français dans *Affaire du Wimbledon* : Cour permanente de Justice internationale, Série C, Volume I, nº 3, pp. 172-174.

souveraineté des Etats [1]. La Cour internationale l'a parfois déclaré, notamment dans l'affaire des *Zones franches* [2] et dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* [3]. En réalité, la pratique de la Cour permanente témoigne d'une nette tendance en direction opposée. Hormis l'affaire des *Phosphates*, dans laquelle l'acceptation de la disposition facultative n'était pas rédigée de manière douteuse et hormis un aspect particulier de l'affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine [4], la Cour a interprété les clauses de juridiction de manière à se reconnaître compétente plutôt qu'incompétente. Parfois, ce faisant, elle a presque accompli un acte de législation judiciaire. Dans l'*affaire Mavrommatis*, elle s'est déclarée compétente en se prévalant d'un traité qui n'était pas encore entré en vigueur au moment où avait été déposée la requête introductive d'instance devant la Cour. Elle en fit ainsi pour le motif que « la Cour, exerçant une juridiction internationale, n'est pas tenue d'attacher à des considérations de forme la même importance qu'elles pourraient avoir dans le droit interne [5] ». Dans la même affaire elle interpréta extensivement et non restrictivement la disposition prévoyant qu'elle ne serait compétente qu'en cas d'échec des négociations. Elle estima qu'on pouvait assimiler à des pourparlers entre les deux Gouvernements intéressés des discussions aboutissant à un échec, entre le particulier en cause et le Gouvernement défendeur. Cela, dit-elle, pour le motif qu'il ne serait pas compatible avec la souplesse qui doit caractériser les relations internationales d'obliger ces deux Gouvernements à renouveler une discussion qui a déjà eu lieu en fait

[1] Rousseau, *op. cit.*, p. 688 ; Guggenheim, *op. cit.*, p. 128.

[2] Série A/B, n° 46, p. 138.

[3] Série A/B, n° 74, p. 23.

[4] Série A, n° 11.

[5] Série A, n° 2, p. 34.

et dont ils font état [1]. Dans la première phase de l'affaire relative à *certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour refusa de s'arrêter à un simple « défaut de forme », ce défaut de forme étant d'une nature telle qu'il dépendait du Gouvernement demandeur de le faire disparaître à n'importe quel moment [2]. Dans la seconde phase de cette affaire, la Cour alla même beaucoup plus loin en interprétant extensivement la clause qui lui conférait juridiction. Elle statua que la compétence qui lui avait été donnée pour interpréter et appliquer la convention lui donnait juridiction pour accorder et fixer les réparations dues à la suite d'une rupture des engagements conventionnels. Comme la réparation, dit-elle, était la conséquence nécessaire de la non-application d'un traité, il n'était pas indispensable que la compétence en ce qui concernait cette réparation fût expressément prévue. Seule une disposition contraire expresse aurait pu exclure la juridiction implicite de la Cour [3]. De manière moins catégorique, mais également par voie de déduction, la Cour statua dans l'affaire du *Détroit de Corfou* que la compétence pour statuer sur le point de savoir s'il y avait obligation de payer des réparations, impliquait celle de fixer le montant de ces réparations. La Cour estima que la compétence de statuer sur la nature de la *satisfaction* due à l'*Albanie* comprenait la compétence de décider le *montant des réparations* dû au *Royaume-Uni* [4]. En interprétant de la sorte le compromis, la Cour cita la décision prononcée dans l'Affaire des *Zones franches* [5], dans laquelle elle avait exprimé l'opinion que « dans le doute les clauses d'un compromis par

[1] Série A, n° 2, p. 15.

[2] Série A, n° 6, p. 14.

[3] Série A, n° 9, p. 23.

[4] Recueil des Arrêts, Avis consultatifs et Ordonnances, 1949, p. 26.

[5] Série A, n° 22, p. 13.

lequel la Cour est saisie d'un différend, doivent, si cela n'est pas faire violence à leurs termes, être interprétées d'une manière permettant à ces clauses de déployer leur effet utile».

On ne trouve dans toutes ces déclarations — et, ce qui est plus important, dans les cas où la Cour, de manière catégorique, s'est déclarée compétente — aucune trace d'une interprétation restrictive des clauses de compétence. C'est le contraire qui est vrai, sans parler des nombreuses affaires dans lesquelles la Cour s'est déclarée compétente en se fondant sur l'attitude des parties (par exemple sur les conclusions énoncées dans la demande reconventionnelle) [1]. Il n'est pas surprenant qu'à une époque où la Cour donnait en général son accord sur l'interprétation restrictive des clauses de juridiction, tout en agissant en sens contraire, un arbitre international se soit inspiré des actes de la Cour plutôt que de ses déclarations (d'ailleurs conçues en termes généraux et entourées de réserves) et qu'il ait préféré rejeter nettement l'opinion selon laquelle il faut interpréter restrictivement les clauses de cette nature. Il déclara en effet :

> « ... Le Gouvernement défendeur soutient qu'il convient, en cas de doute sur la portée d'une clause arbitrale, de conclure toujours à l'incompétence de l'Arbitre, en raison du principe général selon lequel un Etat n'est obligé de recourir à l'arbitrage que dans les cas où il existe un engagement formel à cet effet. L'Arbitre ne saurait se rallier à ce principe d'interprétation des clauses arbitrales. Une telle clause doit être interprétée plutôt d'après la même méthode que les autres stipulations contractuelles. Si l'analyse du texte et l'examen de son but

---

[1] Voir la question des *droits des minorités* dans l'*affaire de la Haute-Silésie polonaise*, Série A, n° 15, p. 24, et l'*affaire des Concessions en Palestine*, où la Cour estima qu'une déclaration faite par la Grande-Bretagne en cours de procédure suffisait à lui conférer compétence pour connaître d'une partie du différend à l'égard de laquelle elle n'aurait pas été compétente autrement : Série A, n° 5, pp. 27, 28.

montrent que les raisons militant en faveur de la compétence de l'Arbitre sont plus plausibles que celles pouvant être invoquées en sens contraire, c'est aux premières qu'il convient de se ranger [1]. »

Il apparaît donc que le moment est venu de tirer les conséquences nécessaires des insuffisances inhérentes au principe de l'interprétation restrictive des traités, du fait qu'on lui a rendu hommage en le violant plus qu'en le respectant, et notamment du fait que la règle de l'effet utile des obligations conventionnelles a été très généralement adoptée comme moyen d'interprétation. Ces deux principes — interprétation restrictive et effet utile — s'excluent l'un l'autre. Plus on tient compte de l'un, moins on tient compte de l'autre. En permettant à une disposition de déployer de plus grands effets par le moyen d'une interprétation extensive, on tend ainsi à limiter la liberté d'action de l'Etat lié par cette clause.

Il convient également d'examiner de près comment opère le principe de l'effet utile et de fixer les limites nécessaires à sa mise en œuvre par rapport à ce qui doit rester le facteur décisif, à savoir l'intention des parties. Le principe de l'efficacité, en matière d'interprétation des traités, apparaît sous diverses formes dans la jurisprudence nationale et internationale. Aux Etats-Unis la Cour Suprême en a fait constamment état sous la forme de « l'interprétation extensive ». Dans l'affaire *Nielsen* contre *Johnson* relative à un traité limitant le droit de prélever des impôts discriminatoires sur la propriété des étrangers, la Cour, citant une longue série de précédents, déclara : « Lorsqu'une disposition conventionnelle se prête raisonnablement à deux interprétations, l'une limitant, l'autre étendant les droits conférés par elle, il convient de préférer l'interprétation la plus

[1] Arbitre Unden dans l'affaire entre la Grèce et la Bulgarie concernant l'*interprétation de l'article 18 du Traité de Neuilly du 4 novembre 1931 : Recueil des Sentences arbitrales, 1949, III*, p. 1403 ; voir aussi *American Journal of International Law* (1934), p. 773.

large[1].» Dans l'affaire *Factor c. Laubenheimer*[2] (affaire d'extradition touchant à la condition de la double incrimination), la Cour usa du même langage, soulevant incidemment un point intéressant. Si l'on parle de l'interprétation extensive des droits accordés par un traité, vise-t-on les droits de l'Etat demandant l'extradition ou les droits de la personne dont on sollicite l'extradition ? La pratique et la jurisprudence britanniques paraissent avoir usé du terme « d'interprétation extensive » dans un sens un peu plus général comme signifiant une interprétation généreuse plutôt que pédante, une interprétation conforme au principe de la bonne foi, bien que la ligne de démarcation entre l'interprétation libérale ainsi conçue et le principe *ut res magis valeat quam pereat* soit assez flexible.

La jurisprudence internationale, notamment celle de la Cour permanente de Justice internationale et de son successeur, s'est constamment prévalue du principe de l'effet utile comme étant la règle prédominante de l'interprétation. La Cour en a fait ainsi dans presque toutes les sphères de son activité en donnant, malgré certaines dénégations occasionnelles, une interprétation « extensive » aux clauses lui conférant juridiction ; en statuant presque sans exception en faveur d'une interprétation étendant la compétence d'institutions internationales telles que l'Organisation internationale du Travail et les Commissions fluviales internationales ; en interprétant, sans exception, les traités de minorités et les obligations analogues de manière à en renforcer l'efficacité et à restreindre en proportion la liberté des Etats liés par lesdites clauses. En étendant aux personnes qui n'étaient pas des nationaux polonais la protection assurée par le traité

[1] (1929), 279, U.S. 41, 51-52. On trouvera une longue liste de décisions des tribunaux américains fondées sur le principe de l'interprétation extensive dans Hackworth, *Digest of International Law*, Vol. V (1943), p. 256, et dans Hyde, *op. cit.*, vol. II, pp. 1478-1480.

[2] (1933), 290, U.S., 276, 293-296, 300.

de minorités, dans l'affaire de l'*acquisition de la nationalité polonaise* [1], la Cour ne suivit ni le sens ordinaire des mots ni le principe de l'interprétation restrictive. Elle n'en fit pas davantage dans l'avis consultatif relatif à la *Compétence de l'Organisation internationale du Travail.* En cette affaire elle prononça que le traité conférant à cette organisation la compétence de régler les conditions de travail des personnes employées dans une industrie lui conférait également compétence à l'égard des personnes employées dans l'agriculture [2]. Il en fut de même lorsque la Cour statua qu'un traité lui donnant compétence pour réglementer les conditions de travail d'employés lui conférait également le droit de réglementer les conditions de travail du patron lorsque cette dernière réglementation était accessoire et nécessaire à l'autre [3]. La même remarque vaut pour la plupart des affaires dans lesquelles la Cour fit usage du principe qu'elle doit donner effet à l'objet visible et rationnel du traité, tel qu'elle voit cet objet. Comme elle l'énonça dans la dernière affaire citée : « La Cour, en déterminant la nature et l'étendue d'une disposition, doit envisager ses effets pratiques plutôt que le motif prédominant par lequel on la suppose avoir été inspirée [4]. »

Le problème ainsi posé met en lumière l'une des questions cardinales de l'interprétation, savoir de quelle manière il convient d'articuler le principe de l'efficacité avec l'intention des parties ? Si les parties entendaient que le traité ne déployât point tous ses effets, et que ses clauses fussent limitées dans leurs conséquences, leur portée et leur application, on peut se demander dans quelle mesure il incombe à un tribunal inter-

---

[1] Série B, n° 7, p. 17.

[2] Série B, n° 2.

[3] Série B, n° 13.

[4] *Ibid.*, p. 19.

national d'ajouter à l'efficacité d'un traité à raison de la conception qu'il se fait des intérêts internationaux ou du but de l'accord. Il est indéniable que, si l'on propose à un tribunal une interprétation qui, une fois admise, réduirait le traité à une absurdité ou le viderait de son contenu, le tribunal doit s'efforcer d'éviter un tel résultat. Toutefois, comme nous le verrons bientôt, il peut y avoir des cas dans lesquels un résultat négatif est celui qui répond le mieux aux intentions des parties, lesquelles entendaient émettre une déclaration politique ne les engageant pas plutôt qu'une déclaration de droits et d'obligations juridiques. Il est cependant rare qu'on ait à opter entre deux extrêmes : viser à faire complètement échec au but apparent du traité ou assurer à celui-ci tous ses effets utiles au mépris de la volonté des parties. D'habitude, le choix s'exerce entre un degré d'efficacité plus ou moins grand. Si les parties ont opté pour le degré le plus faible, on peut se demander s'il appartient à une Cour, se fondant sur la maxime de l'interprétation « extensive » ou sur la maxime « *ut res magis valeat quam pereat* », de rechercher le degré le plus fort ? Dans les cas de ce genre, il ne s'agit en réalité pas de choisir entre « *valeat* » et « *pereat* ». La question est celle d'une dose plus ou moins grande de « *valeat* ». Les quatre exemples suivants serviront d'illustration :

1. *Le principe de l'effet utile et le caractère définitif du jugement*

Lorsque les Etats ont fait prévaloir dans le Pacte de la Société des Nations le principe général de l'unanimité, ils ont dû envisager la possibilité qu'à raison de cette limitation, l'activité d'organes tels que le Conseil ou l'Assemblée ne manquerait pas d'être, à maintes reprises, privée de sa pleine efficacité. Cela vaut notamment en ce qui concerne l'activité à déployer

en vertu de l'article 11, à supposer qu'il fallût unanimité absolue, y compris la voix des parties au différend, pour que les résolutions du Conseil fussent valables. Dans son avis consultatif sur *l'interprétation du Traité de Lausanne*, la Cour statua que la maxime « on ne saurait être juge et partie » s'appliquait généralement à l'interprétation du Pacte [1], notamment aux affaires dans lesquelles on demandait au Conseil de vider le litige dont il était saisi, non point en vertu de l'article 15 mais sur la base d'un traité conclu entre les parties. Dans le cas contraire, déclara la Cour, les efforts du Conseil en vue de résoudre le différend ne pourraient avoir leur pleine efficacité. Toutefois, la règle de l'unanimité exigée par le Pacte n'a pas dépouillé l'action du Conseil de toute son efficacité. Elle laissait un jeu suffisant à la gamme entière de la conciliation et des effets moraux et politiques de recommandations et de décisions adoptées à la quasi-unanimité. De tels résultats ne pouvaient évidemment avoir l'efficacité d'une décision juridique obligatoire, mais ils n'étaient pas dépourvus de toute efficacité. On peut donc se demander dans quelle mesure il appartenait à un tribunal international d'ajouter par voie d'interprétation à l'efficacité de l'action du Conseil. Si le principe *nemo judex in res sua* (et l'exigence qui en découle de l'unanimité relative, comme distincte de l'unanimité absolue) s'appliquait à l'activité du Conseil *en tant qu'arbitre*, y avait-il des motifs impérieux le rendant inapplicable à toute autre activité déployée en vertu de l'article 11 en général ?

2. *Le principe de l'effet utile et la force obligatoire des recommandations*

Les compétences du Conseil de Sécurité en vertu du chapitre VI de la Charte des Nations Unies s'exercent presque exclusivement

[1] Série B, n° 12.

par voie de recommandations. Le caractère non-obligatoire de ces recommandations affaiblit, mais sans la supprimer complètement, l'efficacité de l'action du Conseil de Sécurité. En effet, ces recommandations ont une portée morale et politique considérable. Elles peuvent entraîner certains effets juridiques à l'égard des organes des Nations Unies et devenir, si on les méconnaît, un puissant moteur pour inciter le Conseil de Sécurité à prendre les mesures d'exécution prévues au chapitre VII de la Charte. Mais en droit positif elles n'ont pas de valeur juridique obligatoire et, partant, elles sont loin d'avoir pleine efficacité. En cours de procédure, dans l'affaire du *Détroit de Corfou* devant la Cour internationale de Justice, la Grande-Bretagne soutint que certaines recommandations du Conseil de Sécurité en vertu du chapitre VI étaient obligatoires. Elle affirma notamment qu'une telle interprétation s'imposait en raison du principe d'efficacité. La Cour n'examina pas cette thèse, mais un nombre important de ses membres estima nécessaire de la réfuter en termes exprès [1].

3. *L'efficacité des clauses de juridiction*

Comme on l'a remarqué plus haut, la Cour a déclaré que la compétence de déterminer si la conduite des Etats équivalait à une atteinte aux obligations du droit coutumier ou conventionnel impliquait également la compétence de statuer sur les réparations dues par l'Etat responsable. S'il n'en était ainsi, selon la Cour, la clause de compétence serait dépourvue d'efficacité. Il serait sans doute plus exact de dire que, dans le cas contraire, cette clause serait dépourvue de sa pleine efficacité. En effet, la constatation d'une atteinte à une obligation internationale créerait l'obligation juridique de réparer le dom-

[1] Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, 1948, pp. 31, 32.

mage, obligation à remplir de bonne foi. En tant que telle, cette constatation aurait un certain effet juridique, sans parler de son effet moral ou politique. La Cour estima qu'en vertu du principe de l'effet utile une sorte de compétence présuppose l'autre sorte. Il serait malaisé d'attaquer cette conclusion. On peut cependant imaginer — non sans certaines difficultés d'ailleurs — que les parties, ou l'une d'entre elles, n'entendaient pas, en conférant à la Cour la compétence de décider s'il y avait eu atteinte à une obligation internationale et si, partant, il y avait un droit à indemnité, donner à celle-ci la compétence de fixer, en vertu du principe d'efficacité, le montant des dommages dus à l'autre partie. On notera que l'efficacité est une question de degré. En effet, dans l'état actuel de l'organisation internationale et vu l'article 94, al. 2 de la Charte, il n'est pas certain qu'une décision obligatoire de la Cour recevra plein effet.

4. *L'efficacité de l'Organisation internationale*

La Cour internationale de Justice dans son avis consultatif, rendu en 1949, sur la *réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, notamment dans la mesure où cet avis se rattache au droit des Nations Unies de présenter une réclamation internationale du chef des dommages subis par ses agents, a fait dans une large mesure état de la règle des effets utiles [1]. La Cour a, en grande partie, fondé son opinion sur l'idée qu'il était nécessaire d'assurer pleine efficacité à l'article 100 de la Charte dont l'objet consiste à sauvegarder le caractère international et indépendant des fonctions et du statut des

[1] La Cour a spécialement invoqué, à l'appui de sa décision, l'avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale, cité plus haut, au sujet du droit de l'Organisation internationale du Travail de réglementer accessoirement les conditions de travail des patrons. Cet avis se fondait sur le même principe.

fonctionnaires des Nations Unies [1]. On ne saurait sérieusement maintenir que le droit, pour les Nations Unies, de présenter des réclamations au titre de dommages subis par ses fonctionnaires soit essentiel pour atteindre l'objet visé par l'article 100 de la Charte (bien que ce droit puisse sans l'ombre d'un doute contribuer à ce résultat). Si l'avis de la majorité de la Cour était allé à l'encontre d'un principe plus solidement établi en droit international et méritant plus grand respect que la règle de la nationalité des réclamations, cet avis aurait soulevé, avec plus d'évidence encore qu'il ne l'a fait, la question de savoir si l'interprète a véritablement pour fonction d'extraire des traités internationaux tous les éléments d'efficacité possibles [2]. On pourrait soutenir qu'une fois que la Cour était arrivée à une décision affirmative sur la question de la personnalité internationale des Nations Unies, le droit, pour l'Organisation, de présenter une réclamation internationale pour le compte de ses fonctionnaires pouvait être déduit du simple fait de cette personnalité sans qu'il fût essentiel de chercher à donner, comme un but hautement désirable, pleine force opérante à la Charte. La personnalité juridique internationale implique le droit de faire valoir des réclamations sur le plan international, ce qui d'ailleurs rappelle indirectement la nécessité de reviser l'article 34 du Statut de la Cour internationale de Justice, lequel, dans son texte actuel, rend impossible pour les Nations Unies de présenter à la Cour une réclamation contre un Etat, même avec l'assentiment de ce dernier. Les exemples précités permettront d'attirer l'attention sur les complications soulevées par le principe de

[1] Voir, notamment, pour un développement de cet aspect de la question, l'exposé présenté à la Cour par M. Fitzmaurice, représentant du Royaume-Uni, le 9 mars 1949 ; *Cour internationale de Justice*, Mémoires, Plaidoiries, Documents, 1949, pp. 123-126.

[2] Voir ci-dessus pages 414 et s.

l'efficacité en tant qu'élément d'interprétation des traités et sur ses rapports avec ce qu'on présume être, à juste titre, l'objet primaire de l'interprétation, à savoir la recherche et le respect de l'intention des parties. L'intention des parties est la loi du juge. Il faut examiner avec prudence toute considération (d'efficacité ou autre) qui tendrait à transformer l'intention des parties en un facteur d'importance secondaire. Une réponse, d'ailleurs incomplète, à cet appel à la prudence serait de dire que la Cour, en appliquant le principe de l'efficacité, n'entend pas supplanter l'intention des parties ni lui substituer un élément extrinsèque. Cette réponse vaut surtout si l'on se souvient que cette règle d'interprétation n'est applicable qu'en tant que l'intention des parties est douteuse. Sans doute cette explication n'est-elle pas entièrement satisfaisante car elle laisse sans réponse la question de savoir quel est le degré de doute qui est nécessaire pour que soit fondé le recours au principe de l'efficacité. Cette explication, notamment, ne tranche pas le point de savoir si ledit principe a la préséance sur les autres règles, par exemple, sur celle de l'interprétation restrictive. En outre, il serait vain d'affirmer que la règle de l'efficacité, en tant que présomption spéciale, doit être nécessairement déduite de l'attitude adoptée d'ordinaire par les Etats lorsqu'ils concluent des traités. Les Etats entendent s'engager jusqu'à un certain point et non au delà. Ils peuvent désirer que le traité n'ait qu'une efficacité partielle. Ils usent d'un langage qui, selon eux, est censé exprimer de manière adéquate leur volonté de ne pas donner au traité sa pleine mesure d'exécution.

D'autre part, en matière d'interprétation, il paraît légitime de supposer que les Etats, en se prévalant de la faculté de conclure des traités, ont entendu viser un certain but. L'on doit donc admettre, selon les exigences de la bonne foi, que les traités cherchent à atteindre ce but. Si les parties, ou l'une

d'entre elles, abusent de leur compétence de conclure des traités en réduisant celle-ci au niveau d'un artifice dont l'objet est de tromper autrui, de l'induire en erreur, il est normal qu'elles aient à courir le risque que le juge n'attache aux mots leur sens et leur but habituels. A moins de le dire explicitement, il n'est pas possible de réduire les conséquences éventuelles de ce risque. Une fois qu'un instrument a pris la forme d'un traité dûment signé et ratifié, la bonne foi exige qu'on ne le prenne pas comme une déclaration de principe, simple et incolore. Cette considération explique la supériorité du principe de l'efficacité en tant qu'élément d'interprétation par rapport à la maxime de l'interprétation restrictive et à d'autres règles d'interprétation. Mais il convient de tirer parcimonieusement parti de cette supériorité afin d'éviter que les tribunaux internationaux ne prêtent le flanc au reproche d'exercer leur fonction judiciaire d'une manière qui déborderait le cadre de leur activité régulière, et qui, à la longue, ne laisserait pas d'entraîner certains effets défavorables sur leur compétence et leur autorité. Il faut qu'il y ait dans leur activité, comme dans celle des tribunaux internes, quelque élément législatif inarticulé. Cela vaut pour l'application du droit conventionnel comme du droit coutumier. La fonction judiciaire n'est pas celle d'un automate qui enregistrerait une lacune, une obscurité, un but manqué sans essayer de combler ces lacunes en tenant compte des besoins de la communauté internationale et des exigences de la bonne foi. En cas de doute notamment, il peut être opportun de faire état de la règle d'efficacité afin de faciliter la mise en œuvre des principes généraux du droit et de la règle juridique dans le domaine du droit international. Mais, de même qu'à l'intérieur des Etats, il ne faudrait pas remplir ces fonctions quasi-législatives de manière si délibérée ou si énergique qu'on soit fondé à reprocher au tribunal de substituer sa propre intention à celle des Parties. On doit, en

effet, se souvenir qu'il est parfois illusoire de prétendre interpréter les dispositions d'un traité en sorte d'assurer l'accomplissement de l'objet voulu, plutôt que le contraire. Aussi bien la question est-elle la suivante : quel est l'objet voulu ? Est-ce l'objet envisagé par les parties ou est-ce le but que le juge ou l'arbitre suppose que le traité a entendu viser ? Les opinions relatives à l'objet de certaines catégories de traités subissent d'importantes modifications selon que les relations internationales traversent une phase de progrès ou de régression. Lorsque la Cour permanente énonça, dans son avis consultatif sur les *écoles minoritaires en Albanie*, que les traités et les déclarations concernant les minorités avaient pour objet d'établir une « véritable égalité » entre la majorité et la minorité (égalité qui, selon elle, n'existerait pas si « celle-ci était privée de ses propres institutions et partant obligée de renoncer à ce qui constitue l'essence même de sa vie en tant que minorité [1] »), elle adopta une opinion, fondée sur l'objet de la protection des minorités, qui trouverait moins d'appui aujourd'hui, après la seconde guerre mondiale. En effet, dans l'innocente Déclaration universelle des droits de l'homme, il n'a pas été possible de réserver une place aux minorités et à la reconnaissance de leurs droits.

Dans la mesure où la règle de l'effet utile s'identifie avec le principe de la bonne foi, elle trouve en elle-même sa propre justification et ne saurait passer pour une règle d'interprétation de nature purement technique ou artificielle. C'est pour ce motif qu'il ne faut pas chercher à la dissocier de l'intention des parties. Aucune règle d'interprétation n'est admissible si elle ne tire son origine de cette considération fondamentale. Et notamment aucun principe d'efficacité ne saurait donner plein effet juridique à des clauses ou à des textes qui ne visaient

[1] Série A/B, nº 64, p. 17.

pas ce résultat. L'activité judiciaire ne saurait, par exemple, avoir pour but de donner force de loi aux articles 16 et 38, respectivement, des Conventions de la Haye pour le Règlement pacifique, de 1899 et 1907. Selon ces conventions : « dans les questions d'ordre juridique et en premier lieu, dans les questions d'interprétation ou d'application des conventions internationales, l'arbitrage est reconnu par les Puissances contractantes comme le moyen le plus efficace et en même temps le plus équitable de régler les litiges qui n'ont pas été résolus par les voies diplomatiques ». Ces dispositions n'ont pas prévu l'engagement juridique de soumettre les différends au règlement judiciaire obligatoire. Elles ont écarté une telle obligation. Il en est de même de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée en 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Tout en annonçant qu'ils lui attribueraient une très grande portée morale et politique, la quasi-totalité des Membres des Nations Unies ont refusé d'admettre qu'elle leur imposait une règle de conduite juridiquement obligatoire.

V.

Fonction de l'interprétation à défaut d'une intention commune et réelle chez les parties

On s'est efforcé, dans le chapitre précédent, de démontrer que l'intention des parties doit être le facteur fondamental en matière d'interprétation des traités et qu'il convient de faire preuve de grande prudence en faisant usage de règles d'interprétation, même de celles qui sont aussi séduisantes en apparence que celle de l'efficacité. De telles règles, à l'analyse, se révèleront souvent n'être rien de plus que des présomptions. Présumer ou déduire une intention équivaut à postuler que

l'intention n'a pas d'importance. En agissant de la sorte sans une grande prudence, on introduirait dans l'activité de l'interprète un élément de large discrétion incompatible avec l'exercice normal de la fonction judiciaire. Il faut, en même temps, envisager la situation dans laquelle se trouverait un tribunal international chargé d'interpréter telle disposition contestée d'un traité dans son ensemble, et qui ne serait pas en mesure de se référer à l'intention commune des parties, étant donné qu'à l'égard de cette disposition particulière il n'existerait aucune intention commune. Cela n'entraînerait pas la mise à néant du traité et n'exclurait point toute question d'interprétation. Si l'intention commune, en tant qu'on peut l'établir, est un facteur prédominant qu'il ne faut pas sacrifier au profit de présomptions ou de règles techniques d'interprétation, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'on doive considérer comme une condition essentielle de la mise en jeu d'un traité, l'existence et la manifestation expresse d'une intention commune à propos de chacune de ses dispositions spécifiques. Le traité dans son ensemble est le droit ; il fait partie du droit international ; il est transcendant à toutes ses dispositions, prises isolément, ou dans leur somme totale. L'absence d'une intention commune et réelle des parties peut se produire principalement de l'une des cinq manières suivantes :

En premier lieu, il n'y a pas d'intention commune lorsque les parties, tout en usant d'un langage identique, n'ont pas visé le même résultat. Des cas de cette nature peuvent parfois surgir lorsque les parties, bien que de bonne foi, ont attaché un sens différent aux dispositions du traité. Par exemple, une partie peut avoir attaché à un terme un sens qui lui est dicté par les particularités de sa langue, de son droit ou de sa pratique. Il se peut que l'autre partie ait agi de même. Il peut également arriver que lorsqu'une carte est jointe en annexe à un traité, l'une des parties aura estimé que la carte ne servait qu'à assurer

l'identification générale du territoire dont il s'agit, alors que l'autre partie la considérait comme donnant une description très détaillée des frontières, des îles, des baies, etc. Dans les cas de ce genre, il serait vain de parler d'une intention commune des parties et le juge peut faire légitimement état de ce que l'on appellera l'intention commune du traité pris dans son ensemble, en se référant aux circonstances historiques de son adoption, à son objet tel qu'il peut être déduit de la tendance générale de ses clauses et, là où il y a des divergences entre les textes rédigés en plusieurs langues, à une analyse historique de son élaboration et à une étude des diverses versions pertinentes [1]. Des considérations aussi larges seront souvent plus utiles que des règles techniques qui prêtent à controverse, telle que la règle énonçant que chaque partie est seulement liée par le texte rédigé dans sa propre langue.

En second lieu, les acceptions divergentes données à la même expression par les parties en cause peuvent avoir pour origine, non pas un accident mais l'intention délibérée de l'une ou l'autre des parties, laquelle entendra tirer profit de l'ambiguïté d'une expression ou d'une disposition qu'elle est parvenue à faire insérer dans le traité sans que l'autre partie ait été consciente des pièges qui lui étaient tendus. Les chapitres de Grotius et Vattel consacrés à l'interprétation abondent en exemples de cette nature. Dans un tel cas il n'est d'ailleurs pas indispensable de recourir au principe selon lequel une erreur imputable au dol, ou à d'autres moyens frauduleux d'une partie, serait, au choix de la partie qui a subi le préjudice, cause de nullité. En effet, l'on ne saurait parler d'erreur là où l'absence d'intention commune peut se réduire à un cas

[1] Voir la méthode adoptée par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire relative à la *compétence de l'Organisation internationale du Travail* (Série B, n° 2, pp. 35 et suiv.) et dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (Série A, n° 2, pp. 19, 20).

d'ambiguïté. Dans de telles espèces, le principe de la bonne foi et la considération de l'objet général du traité peuvent, à juste titre, suppléer au défaut d'intention commune. Le principe de la bonne foi appelle nécessairement la présomption du but commun. Ainsi, dans l'affaire déjà citée de l'interprétation du compromis de mars 1948 entre la Grande-Bretagne et l'Albanie, il est possible qu'à l'époque de la signature du compromis, les représentants albanais, sans se faire illusion sur l'interprétation extensive — interprétation naturelle vu les circonstances — que les représentants britanniques donnaient à l'accord, aient envisagé l'éventualité d'une interprétation restrictive en se reposant sur cette idée. Dans cette mesure, il n'y aurait pas eu d'intention commune entre les parties sur le point particulier. Néanmoins, et indépendamment du raisonnement de la Cour, on pourrait, à juste titre, déduire une telle intention commune des dispositions du compromis pris dans son ensemble.

Troisièmement, et nous touchons sans doute ici à l'aspect le plus important de la question, l'absence d'une intention commune et réelle peut tirer son origine de la circonstance que les parties, dans l'incapacité d'arriver à un accord, se bornent à user d'une expression équivoque ou insignifiante, abandonnant à un accord futur ou à la décision d'un tribunal judiciaire ou arbitral le soin de régler les divergences de vue. Quelques exemples serviront d'illustration. Dans les négociations précédant la conclusion du Traité de Lausanne, les parties furent incapables d'arriver à un accord sur la question de l'exercice de la compétence à l'égard des étrangers pour des délits commis à l'étranger. Elles éludèrent, en conséquence, la solution de la controverse sur ce point en insérant une phrase insignifiante selon laquelle une telle compétence s'exer-

[1] Série A, nº 10.

cerait conformément au droit international. C'est à la Cour permanente de Justice internationale qu'il incomba, dans l'affaire du *Lotus* [1], de résoudre cette difficulté. En outre, dans le même traité, les parties, incapables de se mettre d'accord tant sur la délimitation des frontières avec l'Irak que sur le choix d'un organisme impartial chargé de prendre une décision définitive sur ce point, adoptèrent une formule qui laissait la question en suspens. La Cour permanente de Justice internationale en fut saisie lorsqu'elle fut invitée à rendre son douzième avis consultatif. Alors que le statut définitif du Danube était en voie d'élaboration, la Roumanie refusa d'accorder à la Commission du Danube le droit d'exercer des pouvoirs juridictionnels. Le statut, dans la forme où il fut adopté, ne liquida point la difficulté. Il reflétait les divergences de vues à ce sujet. Lorsque la Cour fut appelée à prononcer un avis consultatif [1] sur la juridiction de la *Commission européenne du Danube*, la Roumanie soutint que les parties avaient eu l'intention de faire durer leur désaccord à ce sujet. La Charte des Nations Unies abonde en exemples d'ambiguïtés voulues dissimulant l'absence d'une réelle et commune intention des signataires originaires de la Charte. Il suffira de citer la disposition de l'article 79 de la Charte selon lequel « les termes du régime de tutelle pour chacun des territoires à placer sous ce régime... feront l'objet d'un accord entre les Etats directement intéressés ». Au moment où cet article fut adopté, l'on savait qu'il n'y avait pas d'accord sur le sens des termes « Etats directement intéressés ».

Dans tous les cas de cette nature, il est évident que, bien que les parties aient eu pour intention commune de ne pas donner un sens précis aux clauses dont il s'agit, — autrement dit, malgré l'absence d'intention commune des parties sur le

[1] Série B, n° 14.

point particulier —, les organismes internationaux, judiciaires et arbitraux, ont le droit et le devoir de donner un sens à ces clauses en recherchant le but du traité dans son ensemble et en tenant compte de toute autre considération pertinente. Incontestablement, le traité est la loi des organismes chargés de la décision, mais en même temps le traité est le droit ; il fait partie du droit international. Comme tel, il ne présente aucune lacune. La plénitude du droit que doivent appliquer les tribunaux internationaux est une règle fondamentale — la plus fondamentale, non seulement de droit coutumier, mais aussi de droit international conventionnel. Il est loisible aux parties de n'adopter aucune règle. Elles peuvent se défendre de toute intention de réglementer la question dont il s'agit. Mais dès qu'elles ont donné à celle-ci la forme d'une règle juridique, dès qu'elles se trouvent elles-mêmes dans la situation où la question rentre dans la compétence d'un tribunal, ce dernier a l'obligation de présumer qu'il y a une intention réelle et commune des parties ; il doit vider le litige. Cette intention commune n'est pas simple fiction. Il existe l'intention commune d'obtenir par la suite une décision sur la question ; il existe une intention commune en ce qui concerne le traité dans son ensemble.

Les mêmes considérations fondamentales relatives à la plénitude du droit s'appliquent au quatrième aspect de la question discutée ici. Si l'intention commune des parties offre une base effective à l'interprétation du traité dans son ensemble, il se peut qu'elle ne fournisse aucun indice pour résoudre le cas d'espèce ou les difficultés particulières. Ces dernières, cela va sans dire, n'existaient pas au moment où les parties ont conclu le traité, mais elles rentrent dans le champ d'application de ses dispositions générales. La Cour permanente de Justice internationale se trouva saisie d'une question de ce genre lorsqu'elle eut à rendre son avis consultatif sur l'*interprétation*

de la Convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes[1]. La Cour devait statuer sur le point de savoir si les dispositions de la Convention s'appliquaient aux femmes occupant une situation de contrôle ou de direction dans les entreprises industrielles. La Cour examina la thèse selon laquelle l'application de la Convention à des femmes occupant de tels postes n'avait jamais été envisagée à l'époque où la Convention avait été adoptée. Mais elle rejeta la pertinence de cette argumentation : « à supposer qu'il en fût ainsi..., cet argument ne fournit pas, par lui-même, un motif suffisant pour permettre d'ignorer les termes de la Convention. Le seul fait qu'au moment où la Convention concernant le travail de nuit des femmes avait été conclue, on n'aurait pas pensé à certains faits ou situations que les termes de la Convention, selon leur sens normal, sont assez larges pour inclure, ne permet pas d'interpréter, autrement que d'une manière conforme à leurs termes, les dispositions de cette Convention qui ont une portée générale[2] ». Les mêmes considérations valent pour l'avis consultatif sur la *compétence de l'Organisation internationale du Travail pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron*[3]. La Cour concéda que le traité en cause ne contenait pas de dispositions conférant compétence à l'Organisation « dans un cas aussi particulier que le cas d'espèce », mais elle donna une réponse affirmative à la question qui lui était soumise pour le motif qu'une telle compétence de l'Organisation internationale du Travail était essentielle pour atteindre le but de l'Organisation tel qu'il figurait dans le traité. Dans les cas de ce genre, il faut déduire l'intention commune relative au cas d'espèce de l'intention commune dont est né le traité

[1] Série A/B, n° 50.

[2] Pp. 377-378.

[3] Série B, n° 13.

dans son ensemble, — de sa politique, de son objet et de son esprit. Il y a matière à controverse légitime, confinant à la dialectique, sur le point de savoir si dans de telles espèces on ne traite pas en réalité l'intention comme dépourvue de pertinence, de même qu'il y a matière à discussion sur le point de savoir dans quelle mesure la fonction des tribunaux en de telles affaires prend la couleur d'une activité essentiellement législative. Quoi qu'il en soit, c'est une fonction à laquelle aucun tribunal, dans une communauté où domine la règle de droit, ne saurait espérer échapper ou ne serait fondé à le faire. Une Cour ne doit pas usurper ses fonctions quand elle peut l'éviter ; elle ne doit pas non plus les élargir au delà de ce qui est raisonnablement nécessaire. Mais lorsqu'il est devant cette tâche, le juge doit l'entreprendre — en fait, si peut-être pas toujours à la forme — avec la même liberté que celle dont jouissent les organes législatifs ou les parties contractantes. C'est une liberté qu'on peut souvent exercer dans un esprit de perspicacité, et avec un sens des responsabilités et un détachement que ne possèdent pas les organismes législatifs proprement dits. Les lacunes du droit (et les affaires *primae impressionis* qui en résultent) sont un phénomène inévitable. Mais le droit, dans son sens le plus large et sur ses bases les plus importantes, trouve sa source dans la volonté et dans les intérêts durables, tels que les voient les juges, des parties en cause.

Cinquièmement, il y a absence de réelle et commune intention lorsque deux ou plusieurs dispositions du même traité s'excluent mutuellement. Cela peut se produire dans les conventions bilatérales et, notamment, dans les conventions multilatérales portant sur un grand nombre de sujets. La nécessité de prendre, après des négociations prolongées, des décisions rapides qui résultent souvent d'un compromis ou d'une apparence de compromis, ne saurait assurer une grande cohérence. Mais le juge, chargé d'interpréter une clause dont le sens appa-

rent contredit une autre disposition du même traité, ne saurait limiter son effort à la seule interprétation de la clause qui lui est directement soumise. Il doit prendre en considération le traité dans son ensemble. Il lui faut, si possible, présumer chez les parties une intention non contradictoire. C'est ainsi que si le traité qui forme la constitution d'une organisation internationale devait, en une série d'articles, prescrire à l'organisation et à ses membres le devoir de suivre une certaine ligne de conduite et que la même constitution, dans un autre article ou dans une autre série d'articles, dût rejeter la même question hors de la sphère d'activité de l'organisation, ces deux séries de règles, prises séparément, auraient une signification précise. Prises ensemble, elles aboutiraient à une contradiction que, seule, pourrait trancher une décision judiciaire donnant la préférence à l'une ou à l'autre des deux séries de dispositions. Il faudrait d'ailleurs supposer que la Cour ne fût pas arrivée auparavant à la conclusion qu'à l'examen il n'y avait pas de contradiction ou qu'on pouvait résoudre cette dernière par voie de référence à d'autres dispositions du traité. En choisissant l'objet du traité auquel il convient de donner la préférence, la Cour prendra en considération le but du traité dans son ensemble et ce qui, à ses yeux, constitue l'importance relative des dispositions en cause. En agissant de la sorte, la Cour supposera plutôt qu'elle ne découvrira l'intention commune sous-jacente au traité dans son ensemble. Un problème de ce genre pourrait se poser, par exemple, en ce qui concerne la Charte, en prenant d'une part son article 2, paragraphe 7 (clause de compétence nationale) et, d'autre part, les nombreuses dispositions relatives aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. Si — ce qui prête à controverse — ces droits et ces libertés constituent une obligation juridique, on peut demander dans quelle mesure la force opérante de celle-ci est affaiblie ou rendue illusoire par l'interdiction d'intervention énoncée

à l'article 2 (7). Il faudrait supposer, ce qui soulèverait une nouvelle controverse, que la question du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales est une matière appartenant essentiellement au domaine réservé des Etats.

Qu'en est-il des différentes versions d'une même disposition, textes contradictoires, en des langues différentes et toutes authentiques ? Il serait vain, en cas de contradiction clairement établie, de parler d'une intention commune, là où certaines parties ont attaché une importance décisive à une première série de textes et les autres parties à une seconde série. En de tels cas, un aspect important de la fonction judiciaire d'interprétation consistera sans doute à déterminer l'intention commune et prédominante des parties, intention qui ne sera pas moins réelle pour être nécessairement supposée. A cet égard, il est opportun de rappeler le rôle exact de cette fonction qui, loin de se limiter à la découverte du sens d'un texte, permet légitimement de lui impartir un sens, en se fondant sur la règle prédominante de la plénitude et du développement rationnel du droit, et sur celle des besoins de la justice, à la lumière du traité considéré dans son ensemble.

B.

Projet de Résolutions

1. La recherche de l'intention des parties étant le but principal de l'interprétation, il est légitime et désirable, dans l'intérêt de la bonne foi et de la stabilité des transactions internationales, de prendre le sens naturel des termes comme point de départ du processus d'interprétation. C'est à la partie qui prétend donner aux termes ou dispositions contestées du traité un sens différent du sens naturel ou qui leur attribue un sens apparemment clair qu'incombe le fardeau de la preuve. La clarté apparente ou supposée de ces termes ou dispositions ne saurait justifier le rejet de la preuve contraire, ni la rendre indûment difficile.

2. Le recours aux travaux préparatoires, lorsqu'ils sont accessibles, est notamment un moyen légitime et désirable aux fins d'établir l'intention des parties dans tous les cas où, malgré sa clarté apparente, le sens d'un traité prête à controverse. Il n'y a aucun motif d'exclure l'usage de travaux préparatoires dûment consignés et publiés, à l'encontre d'Etats ayant adhéré au traité postérieurement à sa signature par les parties originaires.

3. Ainsi que le démontre la jurisprudence en matière arbitrale et judiciaire internationale, le principe de l'interprétation restrictive, à l'égard des clauses imposant des obligations aux parties contractantes, ne joue qu'un rôle pratique insignifiant ; son bien-fondé en doctrine est des plus contestables. Il n'y a aucun motif d'en faire usage si ce n'est dans le cas extrême où tout autre moyen fait défaut pour établir l'intention des parties. A cet égard, il n'y a aucune différence entre les clauses conférant compétence aux tribunaux internationaux et les autres dispositions des traités.

4. Dans la mesure où, en se fondant sur des considérations de bonne foi et sur la nécessité de remplir l'objet essentiel du traité, on peut invoquer le principe de l'effet utile — parfois appelé la règle de l'interprétation extensive —, ce principe constitue un guide légitime et un critère solide en matière d'interprétation, tant que son usage n'est pas exclu par la claire indication d'une intention contraire des parties. Il faut notamment envisager l'éventualité de dispositions conventionnelles auxquelles les parties n'ont pas entendu donner leur pleine efficacité.

5. Si l'intention des parties est un élément décisif en matière d'interprétation de traités, elle n'est pas toujours l'élément exclusif ou indispensable. Dans le cas d'un défaut d'intention réelle chez les parties, il incombe aux organismes internationaux compétents, judiciaires ou arbitraux, de combler les lacunes qui en résultent et de résoudre les divergences conformément aux exigences fondamentales de la plénitude du droit et de la justice internationale.

6. Il n'y a pas lieu, en matière d'interprétation, d'adopter des méthodes ou des principes différents selon qu'il s'agit des « traités-lois » ou des autres catégories de traités.

C.

Observations des membres de la Commission sur le rapport de M. Lauterpacht

1. Comments by Sir Eric Beckett

London, February 24, 1950

The present writer wishes to express his gratitude and admiration for the Rapporteur's report. By its full collection of the relevant material and its clear presentation and reasoning, this first report is a contribution of inestimable value for the study of the subject.

It is, however, the task of the other members of the Sub-Committee to bring out those points where they are doubtful of the soundness of the conclusions of the Rapporteur rather than to spend time in expressing agreement with those portions with which they are in accord.

The first question is, " are there, or should there be, rules of international law for the interpretation of treaties at all ? " The present writer's view is that this question must be answered in the affirmative and he wishes briefly to indicate his reasons. As far as the present writer knows, every system of municipal law contains rules for the interpretation of legislation, contracts and other private instruments such as wills. If the arguments for having no rules of interpretation of treaties were sound, it is believed the same arguments would apply with equal force to all rules in municipal law for interpreting any one of these three classes of documents. In so far as it can be said, and superficially it certainly can be said, that the existing principles for the interpretation of treaties appear to be confusing and even self-contradictory, the same observation also applies with almost equal force to the rules of municipal law with regard

to the interpretation of these instruments. In fact, the fundamental reason for the existence of rules of interpretation at all is the same reason which requires a court to give reasoned judgments, and in reaching its conclusions, so far as possible to base itself on principles of law of general application and to show that in reaching the conclusions which it has done in the particular case, it is proceeding in the same manner in which it has been the practice for the courts to proceed in all the other cases which have come before them. In brief, the reason is to defend the court from the charges of reaching its conclusions on arbitrary or subjective grounds. This reason has been found sufficient for the development of rules of interpretation in municipal law, and, in the present writer's opinion, an international court, above all others, has to be free from the suspicions of deciding cases on subjective or arbitrary grounds.

The second question is, " can a system of rules of interpretation which is logical and practical be evolved ? " The present writer (whose views on this question differ somewhat from those of the Rapporteur) answers that the task is no more difficult of producing a system of rules for the interpretation of treaties than it is to produce a system of rules for the interpretation of municipal enactments or private contracts. It is difficult in both cases, but no more difficult in one than in the other. The difficulty arises in a great measure from two factors :—

The principles which have been developed in both cases appear, and indeed are, contradictory, unless the rules are developed so as to show in what order the different principles apply, or in what particular cases the different principles apply. The formulation of this is particularly difficult, and if it can be said that it is in a most elementary state in the case of the interpretation of treaties, it can also be said of the rules with regard to the interpretation of English legislation and instruments, which will be found stated in all the English text books,

that we are far from a clear simple body of rules. A study of Craies on the Interpretation of Statutes will illustrate what is meant here. Of course the process of definition and application has gone much further in the case of English statutes, but, when you look at the text books and study the cases, it is still uncommonly difficult to be sure in a given case which of two apparently contradictory principles is the applicable one in the particular case. But the conclusion to be drawn here is that this is a sphere where international law must develop and where the Institute may play its part in assisting development and not that the task should be abandoned.

The tendency of the Rapporteur's report seems to me to lead to the following conclusions :—

(a) The primary task in the interpretation of treaties is to ascertain the real intention of the parties.

(b) There is little, if any, value in the various canons of interpretation of treaties which are found in the books or in judicial or arbitral decisions. Thus the principle *ut res magis valeat*, the presumption against restrictions on sovereignty, or the rules *exclusio unius*, etc. are in some cases mutually contradictory and the Institute should deprecate too much value being placed upon them.

(c) The rule that the court must interpret the treaty in accordance with the plain sense of the words has been much over-insisted upon in the books and cases, and should be no more than a point of departure.

(d) The preparatory work *(travaux préparatoires)* should be always looked at for the purposes of interpretation as the best means of ascertaining the intention of the parties.

The present writer regrets that he disagrees with all these four tendencies. To take *(a)* first. It is generally and commonly stated that the task of the Tribunal engaged in the

work of interpretation is that of ascertaining the intention, the intention of the legislature if it is interpreting a statute, the intention of the parties if it is an interpretation of a contract or a treaty, or the intention of the testator when it is a question of interpretating a will. It seems to the present writer, however, that these statements about ascertaining the intention are rather clichés tending to obscure rather than illuminate the real task of the Tribunal. In fact the task of the Tribunal is that of interpreting a written document, a statute, a will, a contract in writing, or a treaty, and it has to proceed on the assumption that it finds the intention expressed in the words of the document which it has to interpret. There is a complete unreality in the references to the supposed intention of the legislature in the interpretation of the statute when in fact it is almost certain that the point which has arisen is one which the legislature never thought of at all. This is even more so in the case of the interpretation of treaties. As a matter of experience it often occurs that the difference between the parties to the treaties arises out of something which the parties never thought of when the treaty was concluded and that, therefore, they had absolutely no common intention with regard to it. In other cases the parties may all along have had divergent intentions with regard to the actual question which is in dispute. Each party deliberately refrained from raising the matter, possibly hoping that this point would not arise in practice, or possibly expecting that if it did the text which was agreed would produce the result which it desired. Again it is unrealistic to attempt to find a common intention of the parties when, in fact, they never had a common intention on the point that has arisen, but simply agreed on a text. Whether the parties had a common intention or not, the treaty rules, and it is the Tribunal's task to give the interpretation of the treaty on the point which is now in dispute. In fact the task

of the court is to interpret the treaty and not to ascertain the intention of the parties.

I now turn to point *(b)* (the Rapporteur's doubts as to the value of most of the rules of interpretation as hitherto formulated.) While it may be admitted that rules of interpretation can be carried too far, and perhaps have been carried too far, for example, in the case of the English rules of interpretation of wills, which possibly often operate to defeat the actual intention of the testator who may draw up his own will and be quite unaware of these rules. The present writer does not however think that this is a case with regard to the rules so far formulated for the interpretation of treaties. Treaties are pacts between Governments to whom there is always available if they choose to use it, expert assistance in drafting. It must be presumed (although, in fact, it is by no means always the case) that treaties have been drafted by experts who have full knowledge of the rules of interpretation which international tribunals apply. International tribunals above all have good reason to endeavour to base their conclusions on the application of legal principles and precedents and to avoid the suspicion of favouritism and arbitrariness. Assuming, as the present writer does, that there is no good reasoning for jettisoning these rules, the problem is one of defining the application of each rule. It involves arranging them in some hierarchical order, [1] and some further examina-

[1] The Rapporteur in his criticism of the *Savropoulos* case (p. 384) and the *Lederer* case (p. 385) where, he says, the clear meaning of the text was ignored by the tribunal, appear to overlook this hierarchical principle. What the tribunals did in these cases, was to say that the provision, if read in its literal sense, would lead to an absurd result. They, therefore, looked at the whole context and spirit of the treaty, a normal method of interpretation. The result reached was sensible, as the Rapporteur himself does not appear to deny.

tion of the type of case to which they are respectively applicable, and studying to what extent they are mere presumptions, easily or with greater difficulty rebuttable. In the present writer's view it is probably in a study of this problem that the Institute can best assist the development of international law.

To turn to point *(c)*. The criticism of the Rapporteur of the rule about the " plain sense of the words." It is not correct as a matter of practice and experience to state that the meaning of a treaty provision cannot be clear or otherwise the States concerned would not be going to the trouble and expense of litigating about it. It certainly happens that the meaning of a treaty provision is perfectly clear but that one or another party to the treaty has for one reason or another found the provision inconvenient. The political position of the State concerned may be such that it can only give way on the basis of an international legal decision. If there is too ready admission of the *travaux préparatoires* the State in this position is likely to be furnished with a *tabula in naufragio* because there is generally something in the *travaux préparatoires* that can be found to support almost any contention. Further it is not a correct criticism of the rule for the learned Rapporteur to say that the meaning of the provision was not clear because he himself found some difficulty in interpreting it. The meaning of the rule is not that the sense of the treaty provision is necessarily to be found easily.[1] It means that the court, on

[1] Thus the Rapporteur's comments on *The Lotus Case*, that Article 15 of the Treaty of Lausanne was not " in reality " clear, overlooks the fact that the Court was unanimous in holding that the expression " principles of international law " was not used in the treaty in any special sense, but meant those principles in their ordinary sense. The division of opinion in the Court was not as to the interpretation of the expression but as to what the relevant principles were. This was a second and subsidiary point, as the form of the question put to the Court shows.

a study of the treaty as a whole, after hearing arguments on the circumstances which led up to the conclusion of the treaty, its relationship with other treaties which preceded it and applying all the rules of interpretation which are being referred to under *(b)* above, is able on this basis finally to reach a definite view on the meaning of the provision, and finds that this meaning is practicable and not obviously absurd. If a court can on the basis of this examination arrive at a conclusion as to the meaning of the words, then, in the view of the present writer, it should decide in favour of the view so arrived at and not admit recourse to the *travaux préparatoires* for the purpose of arriving at a different view unless the position is that it can be demonstrated that the meaning so arrived at represented the intention of *neither* party, so that, if it were an English court concerned with a contract it would be justified in making an order for rectification.

The learned Rapporteur argues that the Tribunals which have asserted this rule with regard to the plain sense of the words have tended rather to pay mere lip service to it because more often than not, after studying the rule and purporting to follow it they still examine the *travaux préparatoires* in their judgments. This criticism does not take account of the fact that the State litigants before the court naturally plead in the alternative. They first make their case on the wording of the treaty as a whole and say that supports their view. They then in the alternative go into the *travaux préparatoires* and contend that if these are examined, they only lead to the same conclusion. The judgments of the Hague Court have frequently followed the parties in this course by adopting alternative grounds for the conclusion. They first give the meaning according to the plain sense of the words and declare that this really settles the matter, but then, since the parties have gone into the *travaux préparatoires*, they declare without prejudice to the

main ground of their decision, and as alternative ground supporting it that the *travaux préparatoires* when examined, only support the view that they had independently arrived at. The rule about the plain sense of the words finds its justification on the hypothesis already mentioned, that treaties must be deemed to be drawn up with legal advice and *prima facie* to express completely the intention of the parties.

With regard to point *(d)* it is clear, according to the existing jurisprudence, that, if the Tribunal cannot reach a conclusion that the treaty is unambiguous, and, when properly interpreted results in only one possible conclusion, recourse must be had to the *travaux préparatoires* when they exist. But if we are distinguishing between the treaty on the one hand and the *travaux préparatoires* on the other, we must make clear exactly what we mean by the treaty. The treaty will, of course, include everything that was signed at the time even though this consists of a main document, called the treaty, together with a whole lot of letters, protocols and even (probably) agreed minutes. Further, the treaty for this purpose may include something more still. In addition to everything which is published and registered, there may exist yet further specially initialled minutes which have deliberately been prepared for the purposes of its interpretation. These must for the purposes of interpretation be regarded as part of the treaty itself and further within the general mass of the *travaux préparatoires* there may be special reports of a Rapporteur with regard to which it may be demonstrated that it falls into a special category being specially adopted as a guide for interpretation.

We now turn to what for the present purposes may be called *travaux préparatoires stricto sensu.* The Rapporteur has already shown, in some pages of his report, which, however, do not err on the side of over-statement, how uncertain and unequal and confusing the *travaux préparatoires* are when you

come to use them. But he has failed to bring out another most important factor, and that can be described as " the compromise behind the scenes " or " the intervention in private meeting of the Heads of Delegations. " Now, often a person reading the *travaux préparatoires* will come across something which, if he studies them in detail, he finds completely baffling. Something appears to have happened but there is no record of it at all. At a certain stage the records seem to be inconsistent in some way with what went before. Yet no delegation expressly retracts anything or explains why its attitude appears to have changed. What, of course, has happened is that as the conference was making heavy weather, some private meeting was called. There is either no record of it at all or the only records of it at all will not appear in the minutes of the conference. Delegations may have their private records but they will not be quotable against anybody else. That private meeting probably results in the adoption of a text, and the text is a compromise, but what people said about it at the time they agreed to it is not on record anywhere. After this the matter comes back to the ordinary committees, and somebody proposes the text and it goes through, and minutes of subsequent meetings will not show whether delegations X, Y and Z had given up certain views they previously held or how or on what understanding they accepted the text. In these circumstances, the earlier minutes of the conference are likely to be most misleading when used for the interpretation of the ultimate result.

There is one further factor, somewhat lightly touched upon by the Rapporteur. If everybody at a conference, where there are committees and minutes, really thought that the speeches there made were going to be vital for the ultimate instrument, the meetings, which are rather laborious and lengthy in any case, would be longer still. It would be almost as difficult

to obtain agreement on the minutes of every meeting as it is upon the text of the ultimate instrument. Some people do think this. Their interventions are lengthy and they make difficulties about the minutes every time. Other people attach less value to speeches and minutes. They are thinking only of the ultimate text and assume that these discussions and minutes are of very ephemeral value and importance.

There is one last point which the present writer wishes to make and which the Rapporteur does not mention. The text of the treaty, when once signed, assumes, if I may so put it, a sort of life of its own. It is soon found that half the points which trouble people during negotiation are of little importance but a whole lot of new points which were hardly thought of then are those which seem to matter. As time goes on less and less thought is ever given to the *travaux préparatoires*. Indeed, a perusal of them after an interval of years rather leads to the reflection that everybody was then worrying about the things that did not matter and most of the things that did escaped their attention. To hark back to the *travaux préparatoires* for the purposes of interpretation may operate like bringing a dead hand from the grave or subjecting a grown mature man to the paternal injunctions of his boyhood.

Eric Beckett

2. Réponse de M. H. Kraus

Göttingen, le 1er avril 1950

Cher et très honoré collègue,

Quelques mots suffiront pour vous donner mon avis sur votre rapport admirable, car je me rallie dans une grande mesure aux conclusions de celui-ci.

Je partage votre attitude réservée et sceptique à l'égard de la possibilité et de l'utilité d'une tentative poussée ou même complète de codifier des règles d'interprétation ; de telles tentatives n'ont d'ailleurs réussi à personne jusqu'à présent.

Jusqu'ici, il s'est toujours glissé dans les règles d'interprétation proposées des phrases, des platitudes et des truismes. A cet égard, vous avez développé une critique particulièrement pénétrante de la théorie du « sens clair ».

A mon avis, il faudrait distinguer aussi des règles d'interprétation les « règles de preuve » (par exemple *in dubio mitius* !). Surtout, quelques règles du droit matériel, en premier lieu le principe de la *bona fides*, ne sont pas des règles d'interprétation.

De plus, j'approuve votre scepticisme à l'égard de l'utilité pratique des « travaux préparatoires », ainsi que la destitution à laquelle vous procédez du principe de l'interprétation restrictive.

Je suis entièrement de votre avis en ce qui concerne la non-existence de règles d'interprétation différentes pour des traités-lois et d'autres genres de traités. Selon moi, on peut étendre cette constatation également aux jugements et même, dans certaines limites, à des actes internationaux unilatéraux comme par exemple à des déclarations *in the face of the world.*

Pour ce qui est de votre remarque figurant à la note 1 de la page 28, d'ailleurs, je serais quant à moi d'avis que la déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU doit être interprétée selon les mêmes principes qu'un véritable traité de droit international public.

L'interprétation de traités est, à mon sens, un processus logique. C'est pourquoi je crois que les règles d'interprétation ont un caractère tout différent de celui de normes juridiques, pour autant qu'il ne s'agisse pas de règles légales d'interprétation. Ces règles sont, dans leur essence, des *axiomes fondés sur l'expérience*, qui représentent des moyens auxiliaires utiles

à la connaissance du sens *objectif* des clauses du traité qui entrent en considération. Pour arriver à la connaissance de ce sens objectif, il faut examiner le sens et le contenu non seulement de ces clauses, mais aussi de tout le traité et, de plus, du droit dans son ensemble.

Cela étant, aucune règle d'interprétation n'est superposée hiérarchiquement à une autre. Cela est particulièrement vrai — malgré sa grande importance pratique — de la maxime selon laquelle il faut rechercher l'intention des parties. Sur ce point aussi, je partage pour l'essentiel votre point de vue, car vous avez prouvé que cette règle n'est pas toujours absolument décisive. Tel n'est pas le cas, notamment, lorsqu'il s'agit de traités collectifs, et à cet égard avant tout en ce qui concerne les Etats adhérant postérieurement.

La différence entre votre conception et la mienne dans ce domaine me semble limitée au seul fait que j'attache, dans une mesure plus grande que vous, de l'importance à l'exigence de l'objectivité.

En ce qui concerne cette exigence, je me permets d'ailleurs de remarquer qu'à mon avis la recherche de l'intention des parties est d'une importance spéciale pour la solution de la question préalable de savoir si réellement un traité a été conclu.

Il n'est pas de règle d'interprétation qui ait une autorité décisive pour la constatation du sens d'un traité. Cette constatation devrait se faire, selon moi, à chaque fois par le moyen d'une appréciation mesurée à la particularité du cas. Apprécier ici d'une manière juste est précisément l'art du juriste qui applique le droit. L'obtention de résultats justes dépendra du doigté juridique et de l'intuition. A mon avis, il y a là un domaine qui ne pourra être enserré que dans une mesure très limitée dans des *canones*. Il en est, après tout, de même dans d'autres régions de la science, où les conclusions auxquelles

on aboutit ne résultent pas non plus de l'application consciente de règles de la logique.

Veuillez agréer, cher et très honoré collègue, l'assurance de ma haute considération et de mes sentiments tout dévoués.

Herbert Kraus

3. Réponse de M. A. Makarov

Tübingen, le 27 février 1950

Cher Monsieur et très honoré Confrère,

C'est avec le plus grand intérêt que j'ai lu votre excellent rapport sur l'interprétation des traités.

Je me rallie à toutes les idées directrices de ce rapport et j'accepte par conséquent tous les points essentiels de votre projet de Résolutions. Je pense que vous avez raison lorsque vous dites que le rapport ne doit avoir pour objet ni de passer en revue les diverses règles d'interprétation ni d'examiner le domaine entier de l'interprétation des traités, mais qu'il doit se borner à un exposé des principales règles dominant la question.

La seule observation que je me permets de vous faire est la suivante. Je pense que nous devons exposer les principes généraux de l'interprétation des traités applicables à tous les cas où une telle interprétation doit être entreprise, c'est-à-dire des principes valables non seulement pour les autorités internationales, mais aussi pour les autorités internes. Le projet de Résolutions annexé à votre exposé donne l'impression que vous n'envisagez que l'interprétation des traités par les autorités internationales, judiciaires ou arbitrales. C'est ainsi que le paragraphe 5 dispose que « dans le cas d'un défaut

d'intention réelle chez les parties, il incombe aux organismes internationaux compétents, judiciaires ou arbitraux, de combler les lacunes... », etc. Doit-on envisager dans notre rapport le problème de la portée générale, ou bien de la portée restreinte à des autorités internationales, des règles que nous exposons ? Le problème des lacunes d'un traité peut être posé devant les tribunaux internes d'un pays quelconque (cf. l'arrêt du Tribunal Fédéral suisse cité par *Guggenheim*, Lehrbuch des Völkerrechts, t. I, 1948, p. 131, note 252).

Les tribunaux internes sont-ils ou non, en tranchant le problème des lacunes, liés par le principe proclamé dans notre projet de Résolutions ?

Si nous n'envisageons pas ce côté du problème de l'interprétation des traités, nous devons le dire. Quant à moi, je pense qu'il serait désirable de ne pas restreindre la portée des principes que nous posons dans notre projet de Résolutions.

Agréez, cher Monsieur et honoré Confrère, l'expression de mes sentiments les plus dévoués et de mes salutations cordiales.

A. Makarov

4. Observations de Sir Arnold D. McNair

La Haye, le 23 mars 1950

(1) J'ai lu avec beaucoup d'intérêt ce rapport aussi approfondi que stimulant, et je me permets de présenter quelques commentaires à ce sujet Je suppose que le professeur Lauterpacht n'a pas eu l'intention de dresser une nouvelle liste de règles d'interprétation, lesquelles sont déjà trop nombreuses, mais de signaler certaines tendances et certains effets des règles existantes, que les auteurs reprennent presque *ad nauseam* et avec très peu de sens critique.

(2) Il me paraît que depuis longtemps les gens de robe ont joué au volant en matière d'interprétation des instruments de droit privé ou de droit public. Les règles sont les volants, les plaideurs, les joueurs. Un plaideur découvre quelque part une règle à l'appui de sa thèse ; il la soumet au tribunal ; le tribunal se croit obligé de se prononcer et la règle entre ainsi dans la doctrine. Par la voie de ce processus — mille fois répété — nous sommes exposés au risque d'oublier le devoir primordial des tribunaux, celui de rechercher l'intention commune des parties, et d'y donner effet. Il ne faut pas confondre les arbres et la forêt.

(3) La première fonction d'un tribunal est celle de constater le sens naturel et ordinaire des termes d'une phrase, prise dans son contexte. Cela fait, le tribunal doit chercher à donner effet à la phrase. Si les mots, pris dans leur sens naturel et ordinaire et à la lumière du contexte, ont une certaine signification (make sense), il incombe au tribunal de constater cette signification, même s'il peut estimer qu'une autre signification serait meilleure ou plus utile. Le tribunal n'a pas le droit de substituer ses propres idées aux intentions des parties. Mais si le sens naturel et ordinaire des mots conduit à une phrase dépourvue de sens ou à un résultat absurde, le tribunal devra revenir à la phrase et rechercher ce que les parties ont voulu dire. On doit en effet présumer que les parties ont voulu dire quelque chose raisonnable.

(4) C'est seulement quand le tribunal ne peut donner effet au sens naturel et ordinaire des mots, pris dans leur contexte, que commence le processus d'interprétation. On peut invoquer de nombreuses autorités à l'appui de cette proposition, mais je m'abstiendrai de le faire.

(5) A mon avis, il faut éviter des expressions comme « sens clair », « sens évident », et leur préférer les formules « sens naturel », « sens ordinaire », parce que les mots « clair »,

« évident », sont plus subjectifs que les mots « naturel », « ordinaire ». Clair, évident ? A qui ?

(6) *Travaux préparatoires.* Je regrette de ne pouvoir me rallier entièrement aux vues de notre éminent rapporteur, en ce qui concerne les travaux préparatoires. A mon humble avis, il va trop loin. Entend-il véritablement les ériger en critère déterminant d'un traité ? Selon moi, ils ne constituent qu'un appui, un auxiliaire, un supplément — à employer en cas de difficulté et avec une attention scrupuleuse. A mes yeux, un traité a pour objet véritable de préciser dans un seul document les intentions des parties contractantes. Les représentants de celles-ci déploient tous leurs efforts en vue d'élaborer un document qui marquerait une étape dans leurs relations entre elles et qui viserait l'avenir. J'admets que nul traité — œuvre humaine — n'est parfait, mais dans les relations internationales, comme dans les relations commerciales, c'est la certitude qui est préférable à tout. Il me paraît que plus on permet le recours aux travaux préparatoires, plus on introduit un élément d'incertitude et plus on relâche les liens obligeant les parties. Plus on encourage les avocats à fouiller dans une masse de travaux préparatoires, plus on affaiblit les termes du traité.

(7) Je crois que l'Institut agirait utilement s'il pouvait énoncer quelques conseils, plutôt restrictifs, sur la pratique consistant à recourir à la légère — presque automatiquement — aux travaux préparatoires. Quel est le vrai but d'un tel examen ? C'est de rechercher la commune intention des parties. S'il en est ainsi, on devrait, par exemple, exclure les travaux préparatoires auxquels toutes les parties n'avaient manifestement pas donné leur consentement. On a entendu des avocats invoquer des documents qui émanaient d'une seule partie; cela ne présente aucune pertinence, ni aucune importance. A mon avis, l'usage des travaux préparatoires aujourd'hui va trop loin, et il conviendrait de restreindre un peu cette pratique.

(8) Il me semble qu'à cet égard nous pouvons utilement nous rappeler les règles qui gouvernent les réserves figurant dans les traités. Ainsi, dans le rapport en date du 24 mars 1927, de la Commission pour la Codification progressive du droit international, le principe suivant est énoncé :

« Mais, lorsque le traité déclare, comme on l'a vu plus haut, admettre à la signature des Puissances qui n'ont pas participé à la négociation, cette signature ne peut porter que sur ce qui a été convenu par les Puissances contractantes. Pour qu'il puisse être valablement fait une réserve quelconque sur telle ou telle clause du traité, il est indispensable que cette réserve soit acceptée par tous les contractants, comme elle l'eût été si elle avait été exprimée au cours de la négociation. Sinon, la réserve, comme la signature elle-même subordonnée à cette réserve, est sans valeur. »

Ces lignes mettent en lumière que la base d'un traité est le consentement des parties (S.d.N., Doc. C.211.1927.V. du 20 avril 1927).

(9) On en peut déduire que l'acte conditionnant la recevabilité d'une pièce des travaux préparatoires, c'est qu'elle soit clairement marquée par le consentement de toutes les parties. Etant donné ce consentement, les travaux préparatoires rentrent dans le cadre du traité, qui est fondé sur le consentement des parties.

(10) Pouvons-nous formuler quelques conseils pour réglementer le recours aux travaux préparatoires ? Je me permets, non sans hésitation, de vous inviter à examiner les conseils suivants :

(a) Il est inadmissible de recourir aux travaux préparatoires lorsqu'on peut, sans aboutir à un résultat absurde, donner effet au sens naturel et ordinaire des mots dans leur contexte.

(b) Il n'est admissible de citer un document faisant partie des travaux préparatoires que dans la mesure où l'on peut démontrer que les parties contractantes ont donné leur commun consentement à ce texte, soit par la voie d'une résolution insérée dans les procès-verbaux, soit de toute autre manière, par exemple, le rapport Renault annexé à la Déclaration de

Londres de 1909. Dans un cas de cet ordre, les parties contractantes elles-mêmes ont adopté un commentaire qui joue en quelque sorte le rôle de dictionnaire annexé à leur traité.

(c) Quand un traité multilatéral est ouvert à l'accession ou à l'adhésion ultérieure des Etats qui n'ont pas participé à sa négociation, la question de savoir si l'on peut légitimement invoquer les travaux préparatoires à l'encontre de l'un de ces Etats dépend des considérations suivantes :

(i) Si les parties contractantes originaires ont prévu, à titre confidentiel, le dépôt des travaux préparatoires auprès d'un gouvernement quelconque (par exemple ceux de la Conférence qui a précédé le Traité de Versailles de 1919), on peut envisager l'alternative suivante :

(α) On pourrait dire que les parties non participantes qui donnent plus tard leur accession ou leur adhésion au traité agissent à leurs risques et périls *(suo periculo)*.

(β) Alternativement, on pourrait dire que l'on ne peut pas invoquer à l'encontre d'un tel Etat les travaux d'une Conférence à laquelle il n'a pas assisté. Telle a été l'opinion de la Cour permanente de Justice internationale dans l'*Affaire relative à la Compétence de la Commission internationale de l'Oder*, Sér. A, N° 23, p. 42.

Il sera intéressant d'entendre l'avis de nos confrères sur cette alternative.

(ii) Si, au contraire, les travaux préparatoires ont été publiés et sont accessibles à tout le monde (cas des procès-verbaux de la Conférence de San-Francisco de 1945), on peut soutenir que chaque Etat qui devient ultérieurement partie au traité le fait en pleine connaissance des travaux préparatoires et qu'en conséquence, on est fondé à considérer cet Etat comme lié par lesdits travaux préparatoires.

Arnold D. McNair

5. Réponse de M. Ch. Rousseau

Paris, le 25 avril 1950

Cher Professeur Lauterpacht,

J'ai lu avec la plus grande attention votre remarquable rapport sur l'interprétation des traités. Il montre admirablement combien, en ce domaine, la technique et le fond du droit sont liés. Son grand mérite est d'inviter les juristes à réfléchir sur une série d'affirmations traditionnelles dont plusieurs ne sont guère en effet que des lieux communs aujourd'hui vidés de toute substance et dont quelques autres sont difficilement conciliables avec la fonction même du droit conventionnel. D'une manière générale, je suis pleinement d'accord avec vos conclusions concernant le rôle primordial à accorder à l'intention des parties, l'importance des travaux préparatoires et la faible pertinence de l'interprétation restrictive. J'ai par contre un peu plus d'hésitations quant à l'adoption d'une méthode unitaire d'interprétation, quelle que soit la nature juridique du traité en cause.

Sincèrement vôtre

Ch. Rousseau

6. Réponse de M. G. Salvioli

Florence, le 29 mars 1950

Mon cher Collègue,

J'ai bien reçu votre rapport préliminaire au sujet de l'interprétation des traités, que j'ai soigneusement examiné.

Permettez-moi de vous exposer quelques idées que vos Résolutions m'ont suggérées.

D'accord avec les principes énoncés aux chiffres 1, 2, 3 et 6, je me borne à formuler très brièvement quelques observations sur les chiffres 4 et 5. Ici réside à mon avis le *punctum saliens* du problème.

S'il n'y a pas de difficultés lorsqu'un moyen d'interprétation confirme la thèse à laquelle on parvient sur la base d'un autre moyen d'interprétation, il peut par contre arriver que l'utilisation de divers moyens d'interprétation conduise à des résultats différents. L'arbitre ou le juge international, lorsqu'une telle situation se vérifie, se trouve en présence du problème suivant : auquel des divers critériums d'interprétation dois-je donner la prépondérance ? par exemple aux travaux préparatoires ? ou bien à la méthode logique-juridique selon laquelle il faut considérer le traité comme détaché de ses auteurs ? Et dans tel cas, faut-il par exemple appliquer l'*argumentum a contrario* ou bien celui de l'interprétation extensive ? etc., etc. — On pourrait songer à éliminer ces difficultés en disant qu'il faut tenir compte du but du traité ou de l'intention des parties (les deux expressions étant en effet deux aspects de la même notion), mais je me le demande ! Est-il vraiment possible d'utiliser aux fins de la détermination des critériums d'interprétation ce qui ne peut être que le résultat du travail interprétatif lui-même ? Il faut donc s'engager dans une autre voie.

Vous rappelez — pour le contenir dans ses justes limites, et vous faites bien — le critérium de la sauvegarde de la liberté d'action des Etats, qui n'est autre chose que le reflet de la conception individualiste rigide de la souveraineté. Il ne reste donc qu'à s'appuyer sur un principe différent. Vous l'avez indiqué de façon très nette et je partage votre point de vue. Mais c'est précisément pour cette raison qu'il serait à mon avis opportun d'assigner au chiffre 5 des Résolutions une fonction telle qu'elle absorbe les propositions du chiffre 4. Les considérations jusqu'ici développées me conduisent à la conclusion

suivante : lorsque des doutes substantiels existent sur le résultat interprétatif, c'est-à-dire lorsque l'application des divers moyens d'interprétation n'aboutit pas au même résultat, l'arbitre ou le juge international interprétera le traité qui lui est soumis dans un sens qui, tout en sauvegardant la bonne foi, soit conforme aux principes de la solidarité et de la justice internationale.

Enfin, j'aurai le plaisir de m'entretenir avec vous à l'occasion de notre rencontre à Bath de quelques questions de détail des Résolutions (par exemple, je laisserais de côté l'hypothèse « de dispositions conventionnelles auxquelles les parties n'ont pas entendu donner leur pleine efficacité », car il s'agit peut-être d'une question à part). Mais je désire dès ce moment vous exprimer mes félicitations pour votre très intéressant et savant travail.

Veuillez agréer, cher Collègue, l'assurance de mes sentiments cordialement dévoués.

Gabriele Salvioli

7. Observations de M. A. von Verdross

Vienne, le 25 février 1950

J'accepte entièrement les solutions proposées dans cet excellent rapport.

Mais il me semble nécessaire de faire quelques adjonctions :

1. Une règle fondamentale d'interprétation me semble être le principe selon lequel toute disposition contractuelle doit être interprétée *à la lumière du droit international général.* Cette règle est aussi reconnue par la Cour internationale de Justice dans ses arrêts A 7, p. 22 et A 9, p. 27.

2. A cette règle est liée une autre, selon laquelle les règles du droit des gens positif doivent être interprétées *à la lumière*

des principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées.

Ce principe, il est vrai, n'a jamais été formulé par la Cour, mais il est implicitement reconnu par l'article 38, litt. *c*, du Statut de la Cour.

3. Dans cet ordre d'idées, nous sommes en présence d'une troisième règle d'interprétation, à savoir que pour reconnaître le sens d'un traité, il est souvent nécessaire de recourir « aux principes qui régissent la matière à laquelle le texte a trait » (A 23, p. 26).

4. Enfin, il me semble opportun de se prononcer sur les principes régissant l'interprétation de traités rédigés en plusieurs langues authentiques.

En cette matière, la Cour a reconnu deux principes, à savoir :

a) en principe une interprétation doit être recherchée qui puisse être conciliée avec tous les textes (A 2, p. 19) ;

b) si cette méthode ne permet pas d'aboutir à une solution, on doit tenir compte du sens que revêt le terme litigieux dans la langue dans laquelle le texte a été rédigé (B 10, p. 18).

A. Verdross

D.

Remarques complémentaires du rapporteur, M. Lauterpacht

Il me semble que si l'Institut est d'avis qu'il lui incombe d'énoncer des règles d'interprétation, celles que propose le Professeur Verdross méritent étude très attentive. Je suis en plein accord avec le Professeur Makarov, selon qui il faudrait préciser que les principes d'interprétation examinés dans le rapport sont également applicables à l'interprétation des traités par les tribunaux internes.

Je souhaite vivement que les commentaires de Sir Eric Beckett soient examinés avec la plus grande attention, leur auteur bénéficiant d'une expérience pratique sans égale dans ce domaine particulier. Il me semble que les divergences entre ses idées et celles que propose le rapport ne sont pas aussi profondes qu'elles ne le paraissent à première vue. Sir Eric Beckett fait à juste titre remarquer que, bien souvent, il est très artificiel de dire que l'interprétation consiste à découvrir l'intention des parties. Il arrive en effet fréquemment qu'il n'est pas possible d'établir aucune intention commune entre les parties. La dernière section de mon rapport est précisément consacrée à l'examen de cette question. Mais il y a une grande différence entre le fait de dire qu'à l'égard de l'objet particulier du litige, il n'y a pas d'intention commune entre les parties et celui d'affirmer que la recherche de l'intention commune n'est pas en règle générale l'objet principal et le point de départ de l'interprétation. L'intention doit souvent être présumée à l'égard d'une situation particulière. Mais, même dans de tels cas, cela ne saurait signifier que l'intention n'importe pas. Cela signifie simplement que l'intention des parties sur la question doit être déduite de certains aspects de leur accord à l'égard desquels l'on peut admettre qu'il existe un élément d'intention commune. Assurément, il est souvent difficile ou

artificiel de parler de l'intention d'une assemblée législative, mais cela ne signifie pas que les tribunaux puissent interpréter — et de fait interprètent — les lois en se référant à tout autre élément principal. Parfois c'est du « sens ordinaire » de la loi qu'ils déduisent l'intention du corps législatif. En d'autres occasions, c'est de l'objet de la loi ou de leur manière de comprendre les conditions auxquelles cette loi devait porter remède, qu'ils déduisent cette intention. Mais l'on va probablement trop loin en affirmant que les termes d'un traité, d'un contrat ou d'une loi, après qu'ils ont été énoncés en la forme écrite, ont une existence indépendante des intentions de leurs auteurs. Les règles d'interprétation n'ont aucun sens si leur but n'est pas d'interpréter l'intention, réelle ou présumée, des parties. Elles n'ont aucune justification et seraient plutôt nuisibles si elles étaient utilisées aux fins d'éviter, par le moyen d'une formule, la tâche ardue et compliquée d'élucider une intention.

Cette dernière considération vaut également à l'égard de l'opinion soutenue dans le rapport en matière de travaux préparatoires. Certes, il arrive souvent qu'on ne trouve rien dans les travaux préparatoires au sujet de la question litigieuse. Mais tel n'est pas toujours le cas. Ainsi que l'indique Sir Eric Beckett, les parties contractantes sont souvent préoccupées par des problèmes sans importance alors qu'elles négligent les points importants, ceux-là même qui donneront naissance au différend. Il ne s'ensuit pas pour autant que l'objet du litige soumis à la Cour n'aura jamais été traité de manière suffisante dans les travaux préparatoires. Le recours à ces travaux peut entraîner certains abus. Mais il en est de même de la théorie du « sens ordinaire ». Il arrive fréquemment qu'une partie litigieuse, proposant une interprétation sans rapport avec le sens naturel du terme dont il s'agit, soutiendra que cette interprétation est en réalité conforme au sens naturel dudit terme. Assurément, l'on trouvera d'ordinaire dans les travaux

préparatoires, comme le dit Sir Eric Beckett, quelque chose à l'appui de n'importe quelle thèse. Il s'agit cependant de savoir si cette argumentation peut être avancée de manière raisonnable et concluante par voie de référence aux travaux préparatoires dans leur ensemble. C'est à la Cour qu'il incombera de répondre à cette question après un examen patient et approfondi des travaux préparatoires dans leur intégralité. Il peut être tentant d'éviter un tel examen en recourant d'emblée à l'interprétation logique et grammaticale. Mais je ne vois aucune raison décisive d'encourager cette tentation, qui ne trouve d'appui ni dans la pratique des tribunaux internationaux, ni (et même moins encore) dans l'attitude des parties au cours de négociations internationales. L'argument n'est sans doute pas convaincant, selon lequel les parties en règle générale ne plaident « travaux préparatoires » qu'à titre subsidiaire. En effet, il va sans dire que, quelle que soit la situation réelle, tout plaideur soutiendra d'entrée de cause que son interprétation correspond au sens ordinaire des termes. Tel est le point de départ tactique — même s'il est dépourvu de fondement — dans chaque cas d'espèce. Ce qui importe alors, c'est la thèse alternative fondée sur les travaux préparatoires.

Dans ses remarques, Sir Arnold McNair condamne l'usage des travaux préparatoires dans tous les cas où le sens naturel et ordinaire des mots, pris dans leur contexte, donne un résultat qui n'est pas absurde. Le sens naturel et ordinaire du mot, pris dans son contexte, aboutit souvent à un résultat qui n'est pas absurde, mais que les tribunaux internationaux, et notamment la Cour internationale de Justice, ont fréquemment écarté pour la raison qu'il ne donne pas effet à l'intention des parties. Le sens naturel et ordinaire d'une disposition ou convention réglementant la condition des employés aboutit à un résultat qui n'est pas absurde si, conformément à la signification naturelle et ordinaire, nous nous refusons à considérer ce texte

comme s'étendant, dans certains cas, au travail des patrons. La Cour a écarté une telle interprétation. Toutes les fois qu'elle a suivi le principe de l'efficacité en matière d'obligations conventionnelles — méthode qui est typique dans son activité interprétative —, la Cour a écarté le « sens naturel et ordinaire » des termes en faveur d'un système conduisant de manière plus sûre à l'intention des parties. Faire abstraction du « sens naturel et ordinaire » peut engendrer l'arbitraire et une liberté judiciaire excessive. Mais il en est de même lorsqu'on s'attache rigidement à la règle du « sens naturel et ordinaire » au point de renoncer à la tâche de découvrir la véritable intention des parties. Ainsi que nous le signale avec raison le Professeur Kraus, il ne faudrait permettre à aucune règle d'interprétation — y compris celle du « sens naturel et ordinaire » — de revêtir un caractère de supériorité hiérarchique. Certes le recours aux travaux préparatoires créera souvent incertitude et confusion. Il arrivera fréquemment que tel est le but désiré par la partie qui se prévaut des travaux préparatoires en vue d'obscurcir le problème et de fatiguer le juge. Mais il incombe précisément au juge de séparer l'ivraie du bon grain et, le cas échéant, de démontrer qu'en l'espèce le recours aux travaux préparatoires est dépourvu de pertinence ou que ces travaux sont loin d'appuyer la thèse de la partie qui les a invoqués.

Je partage entièrement les vues énoncées par le Professeur Verdross : il faut interpréter les traités dans le cadre du droit international coutumier — à condition qu'ils n'aient pas pour objet d'y déroger (là où une telle dérogation est licite). Il faut aussi que le droit international soit interprété à la lumière des principes généraux du droit (à moins qu'il ne déroge derechef et de propos délibéré à ces principes, dans les cas appropriés et licites). Cela nous conduira sans doute aux mêmes résultats que ceux qu'envisage le Professeur Salvioli lorsqu'il préconise qu'on se fonde en dernière instance sur les principes de la solidarité et de la justice internationale.

VII. L'influence des conditions démographiques sur le règlement des conflits de lois

(Treizième Commission)

Rapport et projet de Résolutions définitifs

présentés par

M. José de Yanguas Messia

A.

Rapport définitif

I. Introduction

Avant d'aborder le fond de notre rapport, j'ai à évoquer le nom de notre éminent et regretté Confrère le baron Nolde. Il avait commencé à collaborer au sein de notre Commission [1], mais la mort nous a privé de sa grande autorité scientifique, ainsi que de sa cordiale, inoubliable amitié.

La nature du sujet soumis à notre étude ne rentre pas dans le cadre traditionnel des institutions et des questions classiques de tout système de droit international privé. Telle était ma

[1] La treizième Commission était ainsi composée au moment de la rédaction du rapport définitif : Rapporteur : M. de Yanguas Messia. Membres : MM. Brierly, Brown, Gutzwiller, Klaestad, Kosters, de La Pradelle, Lewald, da Matta, Niboyet, Sauser-Hall, Valladão et Ch. De Visscher.

conviction préalable, exprimée dans une note préliminaire adressée le 31 décembre 1947 à mes collègues de la Commission, en même temps que je leur envoyais le questionnaire prévu par notre règlement (Annexe A, 1). Telle est aussi la conclusion à laquelle j'aboutis après avoir étudié les réponses, d'une grande valeur scientifique, que les membres de la Commission ont bien voulu me faire parvenir (Annexe A, 2).

Tout d'abord, M. Niboyet, à titre de préambule, attachait « peu de prix à la valeur des travaux de notre Institut en une pareille matière essentiellement politique et où les préoccupations académiques risquent de prendre le dessus, ce qui, inéluctablement, les faussera complètement ».

A vrai dire, l'opinion de M. Niboyet n'était pas isolée dans le sein de la Commission, car d'autres de ses membres ont énoncé des opinions semblables. C'est ainsi que M. Brierly, dans sa réponse (Annexe B, 2) aux conclusions de mon rapport préliminaire (Annexe A, 3), après avoir accepté mes propositions quant à la délimitation du sujet propre que nous avions à traiter, ajoute : « Toutefois, j'avoue franchement que la portée du thème que le Bureau nous a confié me paraît excessivement obscure, et jusqu'à présent je suis tenté de douter de la valeur de notre travail dans une matière qui, à mon avis, est plus politique et sociale que juridique. »

Pour sa part, M. Klaestad (Annexe B, 4) déclare : « Je ne peux, toutefois, pas cacher que, pour le moment, il me semble douteux si ce problème présente un intérêt scientifique suffisant pour mériter l'attention de l'Institut. »

Je dois avouer que l'autorité de ces collègues m'a fait douter de l'utilité de notre travail. Cependant, je me suis décidé à le poursuivre, pour deux raisons :

1) parce qu'il s'agissait d'une décision du Bureau, inscrite à l'ordre du jour, et que notre très dévoué Secrétaire Général adjoint a.i. me la rappelait incessamment ;

2) parce que d'autres réponses (Annexes A, 2 et B) également autorisées, m'ont soutenu dans l'idée de l'intérêt scientifique que la matière en cause peut offrir pour nos études.

Toutefois, les divergences profondes qui se sont manifestées non seulement quant au fond du problème propre dont il s'agit, mais quant à son classement même, soit dans le domaine du droit, soit dans celui de la politique, m'inclinent à croire que l'adoption de l'un ou l'autre système est une question fondamentale, car tout effort que l'on pourrait déployer serait inutile si, à la première séance plénière qui s'occuperait de cette question, l'Institut se prononçait contre la nature juridique du sujet.

II. Les faits et les lois

Si nous examinons tout d'abord le problème du point de vue des faits, un premier aperçu nous amènerait à constater que les facteurs démographiques exercent leur influence dans les pays d'immigration sur le règlement des conflits de lois. Cependant, il serait aussi erroné de méconnaître cette influence que de lui attacher une valeur décisive.

Il faut reconnaître que l'afflux de masses d'étrangers et leur établissement sur le territoire d'un Etat incline celui-ci à suivre une politique d'assimilation, susceptible de se manifester sous des formes diverses : soit l'assimilation politique par le *jus soli* ou même par l'attribution pure et simple de sa propre nationalité sans attendre la génération suivante, soit l'assimilation juridique par l'application de la loi du domicile ou bien par la généralisation de la loi territoriale.

En même temps, il faut aussi reconnaître qu'on se tromperait en attribuant aux conditions démographiques une influence supérieure à celle qu'elle a exercée historiquement dans le passé et qu'elle exerce encore aujourd'hui.

Les exposés de M. Valladão, en ce qui concerne l'Amérique, et ceux de MM. Basdevant, de La Pradelle et Niboyet, pour ce qui est de la France — le pays d'Europe où le problème a le plus d'actualité — projettent une claire lumière à cet égard.

En effet, la loi du domicile prévaut dans la plupart des Etats du Nouveau Monde, soit dans des pays d'immigration, et, par contre, la loi nationale domine dans la grande majorité des Etats d'Europe, pays d'émigration. Mais on ne saurait attribuer une valeur rigoureuse à cette distribution géographique. La Grande-Bretagne, la Norvège, le Danemark, qui ne sont pas pays d'immigration, s'attachent à la loi du domicile, tandis que, comme le constate M. Valladão, Haïti, la République Dominicaine, Cuba, se sont prononcés pour la loi nationale, acceptée aussi, tout au moins en partie, par la Bolivie, le Pérou, le Mexique, le Guatemala, Costa-Rica et Panama, malgré de forts courants d'immigration.

Quant au Brésil, pays adhérant à la loi nationale conformément au Code Civil de 1916, les mesures prises en 1942 en faveur de la loi du domicile répondaient à des besoins temporaires et avaient pour objet d'écarter l'application de leur loi nationale pour les sujets ennemis.

L'adoption de la loi du domicile par la Grande-Bretagne a été déterminée par des motifs absolument étrangers aux conditions démographiques. C'était, outre des conditions politiques et sociales favorables, un héritage juridique de la théorie statutaire telle qu'elle avait été reçue de l'Ecole hollandaise du XVII^{e} siècle.

C'est aussi un autre héritage, celui des systèmes juridiques de l'Espagne et du Portugal, qui a déterminé le maintien de la loi nationale dans les pays ci-dessus mentionnés de l'Amérique espagnole et portugaise, et cela malgré leur caractère de terres d'immigration.

D'autre part, l'adoption de la loi du domicile dans le Code Civil argentin de 1871 n'a nullement été le résultat de facteurs démographiques, mais l'œuvre personnelle de M. Vélez Sarsfield, auteur du Code et ancien disciple de Savigny.

On peut aussi affirmer que la loi du domicile a fait son chemin dans la plupart des pays de l'Amérique espagnole, suivant l'exemple de la doctrine territorialiste imprimée au Code Civil chilien de 1855 par l'autorité scientifique du juriste André Bello et acceptée par la Colombie, l'Equateur, l'Uruguay, le Nicaragua, le Salvador et le Venezuela, dans des circonstances où les courants d'immigration étaient encore très faibles et ne pouvaient pas déterminer l'adoption d'un système territorial.

La nouvelle Constitution argentine du 11 mars 1949 montre l'influence des conditions démographiques dans quelques-uns de ses articles.

1) « Le Gouvernement fédéral — déclare l'article 17 — stimulera l'immigration européenne ; il ne pourra pas restreindre, limiter ou conditionner par un impôt, l'entrée sur le territoire argentin des étrangers qui viennent avec le but de cultiver la terre, d'améliorer les industries, ou d'introduire et d'enseigner les sciences et les arts. »

2) « Tous les *habitants* de la Nation jouissent des droits suivants conformément aux lois qui réglementent leur exercice, à savoir, etc. » (Art. 26.)

3) « Les étrangers qui entrent dans le pays sans violer les lois, jouissent de tous les droits civils des Argentins, et aussi même des droits politiques, cinq ans après avoir obtenu la nationalité. A leur demande, ils pourront être naturalisés après deux ans de résidence continuelle sur le territoire de la Nation, et ils acquerront la nationalité après cinq ans de résidence ininterrompue, sauf manifestation expresse en sens contraire. »

« La loi établira les causes, formalités et conditions pour l'octroi de la nationalité et pour son retrait, ainsi que pour l'expulsion des étrangers » (Art. 31).

Il faut souligner deux points dans ces articles de la nouvelle Constitution argentine : 1) l'égalité de droits civils des natio-

naux et des étrangers, règle qui continue la tradition juridique d'origine espagnole ; 2) l'assimilation des immigrants par la voie de la naturalisation automatique après cinq ans de résidence, sauf manifestation contraire, ce qui accélère, pour des raisons d'ordre démographique, le processus d'assimilation, et cela sans attendre la seconde génération et par le jeu du *jus soli*.

Quant aux Etats-Unis, leur adhésion à la loi du domicile n'a été que la survivance outre-mer du principe dominant dans la doctrine et la jurisprudence anglo-saxonne, héritées de la Grande-Bretagne. L'influence des conditions démographiques s'est manifestée dans le domaine des lois d'immigration en tant que mesures défensives de l'homogénéité nationale plutôt que sur le plan du règlement des conflits de lois, limitant et, pour ainsi dire, rationnant l'admission des étrangers sur le territoire des Etats-Unis.

III. Le droit conventionnel américain

La doctrine hispano-américaine s'est montrée favorable à la loi nationale au Congrès de Lima de 1878, pour régir l'état et la capacité personnelle, mais elle a introduit quand même — et cela pour des raisons d'ordre démographique — une exception favorable à la loi du domicile pour régir les effets du mariage.

Plus tard, le Congrès de Montevideo de 1888-89, fit prévaloir comme règle la loi du domicile en matière d'état, de capacité et de droit de la famille. Cette adoption a résulté, certes, de l'influence des conditions démographiques. C'est ainsi que le délégué argentin, M. Quintana, a déclaré : « Les nations américaines, en recevant continuellement des milliers d'immigrants de toutes les nationalités existantes, perdraient rapidement leur propre cohésion, si la capacité des immigrants, leur état et leur famille devaient continuer à être régis pour

toujours par les lois de leur patrie abandonnée. Leur unité politique, manifestation élevée de leur souveraineté, ne tarderait pas non plus à souffrir d'un manque d'unité législative, et ce fractionnement serait avec le temps une menace constante pour leur intégrité. »

Le Congrès de Montevideo a donc adopté la loi du domicile sous l'influence des conditions démographiques. Mais il l'a fait en se basant sur la constatation que ce principe avait déjà été adopté dans la majorité des législations internes des pays participants, et cela pour des motifs qui n'avaient rien à voir avec l'élément démographique, car celui-ci n'avait à cette époque qu'un rôle encore très faible sur le plan des faits et inexistant dans le domaine du droit.

Le Code de droit international privé américain adopté à La Havane en 1928, tout en donnant la préférence à la loi du domicile dans plusieurs matières (divorce, art. 52 ; créances, art. 107 ; régime matrimonial, art. 787) permettait à chacun des adhérents (art. 7) de conserver son système propre pour régir l'état et la capacité des personnes.

Il faut ajouter que les pays où le système du domicile était consacré dans les législations internes, réaffirmèrent à cette occasion leur attachement à ladite loi, autour de laquelle ils voulaient voir réaliser l'unité juridique du Continent, parce que, à leur avis, elle « seule sauvegardait efficacement la souveraineté et l'indépendance des peuples de l'Amérique ».

La préoccupation pour les facteurs démographiques apparaît, avec une ampleur continentale et une systématisation de toutes sortes de matières, y compris le règlement des conflits de lois, dans les accords du premier Congrès démographique interaméricain réuni en 1943 à Mexico, en présence non seulement des pays de l'Amérique espagnole et portugaise, mais aussi des Etats-Unis et du Canada.

Le professeur M. Atilio Dell'Oro Maini, Président de la

Délégation argentine à ce Congrès, et l'un des premiers juristes américains d'aujourd'hui, a bien voulu répondre à ma requête personnelle en me faisant parvenir une intéressante documentation sur ces délibérations et ces accords. Je voudrais leur consacrer ici plus de place, mais le plan et les proportions de ce rapport m'obligent à me contenter de les signaler.

L'ordre du jour du Congrès comprenait les aspects les plus divers du phénomène démographique et, parmi eux, ceux qui touchent aux conflits de lois. Le texte des accords signés prévoyait, entre autres, les points suivants :

1) Faciliter le changement de la condition de réfugié à ceux qui ont rempli les formalités d'immigration ;

2) Prendre en considération ceux qui n'ont pas de nationalité ;

3) Assurer aux nationaux et aux étrangers l'égalité des droits civils et sociaux, dans le cadre de l'organisation institutionnelle de chaque pays ;

4) Traitement d'égalité pour les droits civils et sociaux, sans discrimination de race, de couleur et de croyance ;

5) Elaboration de traités-type de migration dirigée ;

6) Création de services spécialisés pour l'étude de la population ;

7) Définition de la résidence et du domicile habituel ;

8) Assimilation des immigrants.

IV. Le facteur démographique en France

Les exposés des Collègues français de notre Commission (Annexe B), en examinant le problème dans son ensemble, nous présentent un examen spécial du cas de leur pays, avec une documentation et une autorité telles que je ne puis mieux faire que de recommander leur lecture et leur étude.

Cependant, ne serait-ce qu'en m'appuyant sur leurs savants apports à notre travail commun, il me faut signaler les traits généraux de l'influence actuelle des conditions démographiques dans le règlement des conflits de lois en France.

Depuis le début du XIX[e] siècle jusqu'à nos jours, la France a vu diminuer sensiblement sa population par rapport aux autres pays de l'Europe. D'autre part, l'immigration a atteint le chiffre de cinq millions de personnes ; et les besoins vitaux de main-d'œuvre nécessitent encore l'introduction sur une grande échelle de masses humaines venues du dehors.

« En fait — remarque M. Niboyet dans sa réponse — le problème démographique se présente donc en France comme très important et dès lors il doit influer sur toute la législation française. C'est lui qui domine la matière de la nationalité, celle des droits des étrangers, et la solution des divers conflits de lois, autorités et juridictions. Pendant longtemps, et ce fut exact, la France qui de tout temps reçut beaucoup d'étrangers, réussit à les absorber sans faire appel à des procédés trop territorialistes. Les faits ont changé et leur réaction doit se faire sentir parce que le nombre des étrangers est devenu trop grand. On a pu citer certaines agglomérations où il y a jusqu'à 30 pour cent d'étrangers. Il n'est donc pas possible, dans ces conditions, de faire aux lois étrangères une place trop large qui serait un véritable suicide national. La démographie commande la solution du conflit. »

L'influence progressive du *jus soli* par rapport au *jus sanguinis* est marquée — souligne M. de La Pradelle — par une succession de lois (1851, 1874, 1889, 1927). « Parallèlement — ajoute-t-il — la doctrine et la jurisprudence font de place en place, par leurs écrits et leurs arrêts, des brèches de plus en plus étendues dans la grande règle du statut personnel déterminé par la nationalité. »

La loi civile reste la même, mais la jurisprudence qu'on pourra consulter dans les réponses des membres français de notre Commission montre l'influence sensible des conditions démographiques dans ses arrêts, que ce soit par l'application du droit de l'immeuble à des questions de capacité, notamment en matière de donation et de testament ; par application de la loi française quand il s'agit de la capacité successorale d'un enfant adoptif sur un immeuble français ; ou, malgré la règle de l'art. 3, al. 3 du Code Civil qui rattache le statut personnel à la loi nationale, lorsque la jurisprudence y ajoute cette règle complémentaire que la femme a droit à l'application de la loi française quelle que soit la loi de son mari, même en matière de divorce ; ou bien, quant à la filiation, lorsque parents et enfants n'ont pas la même nationalité, en donnant la préférence à la loi de celui d'entre eux qui est français ; ou, enfin, en arrivant à la solution territorialiste par le moyen détourné du renvoi.

V. La doctrine

La thèse soutenue par le délégué argentin M. Quintana au Congrès de Montevideo de 1888-89, déjà signalée au chapitre III, résume en quelques mots la doctrine territorialiste qui en Amérique s'appuie sur les conditions démographiques.

En France, la fondation du Comité Français de Droit International Privé en 1934, les nombreux travaux qu'il a fait paraître, ainsi que les publications des auteurs, notamment les tomes III et V du *Traité de Droit International Privé Français* de M. Niboyet — l'auteur le plus représentatif de cette doctrine à l'heure actuelle — montrent un clair revirement vers la loi du domicile et, en général, vers la loi territoriale.

M. Niboyet, dans sa réponse (Annexe B, 6) résume ainsi les idées qui animent cette tendance doctrinale :

« 1° Nul ne propose de soumettre les successions à la loi

nationale, et ici la conservation du statu quo s'impose. Certains même seraient partisans d'abandonner, au moins en partie, la règle *Mobilia sequuntur personam* et de se prononcer pour la *Lex rei sitae* effective de certains biens mobiliers.

2° Pour le droit de la famille, certains sont en faveur de la loi du domicile pour le mariage, le divorce ou la séparation de corps, alors que d'autres restent encore plus ou moins fidèles à la loi nationale, mais en la tempérant très fortement par le jeu des qualifications et surtout de l'ordre public, pour préférer, le cas échéant, la loi française lorsqu'elle va à l'encontre de lois étrangères trop différentes des nôtres sur le terrain politique ou confessionnel, ce qui devient de plus en plus fréquent.

« Dans le domaine des effets du mariage, la circonstance selon laquelle la femme garde le plus souvent sa nationalité française, malgré son mariage avec un étranger, pose le problème de la prééminence de la loi française. »

D'autres avis en sens contraire se sont élevés non seulement en Europe mais aussi en Amérique.

Deux opinions très nettes sont recueillies à ce propos par M. Valladão dans sa réponse très documentée : celles de MM. Bevilaqua et Rego Barros (Annexe B, 7).

M. Bevilaqua écrit : « La contingence de l'argument est manifeste. Il soumet la doctrine du droit international privé, qui a un caractère universel, aux intérêts momentanés, réels ou supposés, des nationaux au lieu de les orienter vers les nécessités du commerce international. Si, de la part des nations américaines, cette raison est assez importante pour leur imposer une certaine doctrine, nous devons reconnaître d'autres raisons particulières à d'autres pays, et il serait impossible, dans un tel labyrinthe de prétentions divergentes, de poser les bases essentielles de la science, qui cherche à résoudre le phénomène juridique... » *(Principios Elementares de Direito Internacional Privado*, 4e éd., 1944, page 191.)

Sebastião de Rego Barros, pour sa part, affirme : « C'est justement dans les pays d'immigration que m'apparaît comme plus flagrante la nécessité de respecter la loi nationale afin d'attirer les courants de migration, l'émigrant se trouvant protégé par sa loi. Il ne se trouve pas, subitement déraciné de sa patrie et de ses droits, sans une phase d'adaptation. Une fois fixé à l'étranger, il subit, naturellement et graduellement, l'infiltration du nouveau milieu social, il se familiarise avec ses habitudes, ses institutions, ses lois et, si celles-ci sont sages, libérales, il se naturalise pour jouir de ses bienfaits. C'est un véritable processus d'assimilation, qui doit être le but de ces pays-là. Le régime du domicile ne possède ni cette force attractive, ni ce pouvoir d'absorption. » (*Estudos Brasileiros*, vol. 8, 1942, page 137.)

M. Valladão, pour sa part, déclare : « Le droit international privé est une science foncièrement juridique, multiséculaire, ayant des règles et des préceptes déjà établis ; son but est de protéger la personnalité humaine dans son expansion dans l'espace en défendant la justice et l'équité.

« Il ne peut donc être régi par des facteurs de nature exclusivement politique et d'un caractère purement transitoire, comme une législation fluctuante et occasionnelle dans le genre de celle adoptée pour les tarifs douaniers ou pour les contingents et permis d'importation et d'exportation.

« Telle serait la destinée du droit international privé, si ses règles finissaient par dépendre des mouvements migratoires révélés périodiquement dans chaque pays par les statistiques » (Annexe B, 7).

Après une analyse du problème en général et, plus spécialement, en France, M. de La Pradelle (Annexe B, 5) fait une dizaine d'observations concernant les caractères et les effets du facteur démographique, pour aboutir à une nette conclusion :

« Tout le développement démographique à caractère terri-

torial tend, il ne faut pas se le dissimuler — dit-il — à ramener la nationalité à un rapport abstrait, interchangeable, de sujétion à une souveraineté déterminée, sans laisser rien apparaître des traits qui distinguent cette souveraineté, psychologiquement vivante, d'une autre psychologiquement différente. Le système est unificateur, sans doute, mais d'une unification desséchante. Il entraîne la désaffection des mœurs, des idées, des sentiments qui font une nation. Il tend à la disparition des valeurs spirituelles qui font dans la diversité du Monde l'émulation des peuples. Quand deux Italiens catholiques se marient au Maroc français devant le seul prêtre, ils manifestent ce que leur sentiment désire, et quand la Cour de cassation française déclare leur mariage valable (Cass. Civ. 7 déc. 49, D.P. 50, I, 173), elle révèle, non sans hardiesse, sur un point avancé, celui de l'intégration de la forme au fond, que la territorialité ne peut, chez l'étranger, sans qu'il en souffre, étouffer la personnalité. Elle montre aussi que devant la territorialité la personnalité n'a pas encore abdiqué. C'est réconfortant. Car il ne faut pas le perdre de vue : le territoire, assiette de l'Etat, n'a pas d'âme. L'Etat, réduit au territoire, n'est plus qu'un cadre. La nation seule a une âme. De la territorialité naît la perte par une nation de son âme. »

Non seulement les conditions démographiques sont insuffisantes pour justifier un règlement territorialiste rigide des conflits de lois. Elles ont, dans la doctrine qui reçoit leur influence, une surestimation en face de l'étranger venu du dehors ; un oubli de sa possible existence ailleurs, là où les propres nationaux peuvent se rendre.

« Il est difficile d'admettre — écrit très justement M. Basdevant — qu'on soit en présence d'un règlement satisfaisant d'un conflit de lois si celui-ci doit être tranché en des sens différents suivant que la même affaire sera portée devant le tribunal d'un pays ou devant celui d'un autre pays. Un juriste français,

bien informé de la pratique française et étrangère, M. Lepaulle, sans refuser audience au facteur démographique, rappelle l'intérêt pour le pays du for d'avoir des règles de conflit susceptibles d'être universellement acceptées. »

« L'Institut de Droit International, ajoute-t-il — et cela, vu l'autorité reconnue à notre Confrère, m'a beaucoup encouragé à poursuivre mon travail — ne saurait être insensible à cette préoccupation et celle-ci correspond à l'intérêt des justiciables. Il lui appartient de rechercher le point de conciliation entre cet appel aux considérations démographiques qui, pour s'être fait jour tout d'abord sur le plan des systèmes nationaux de droit international privé, ne peuvent cependant pas être rejetées a priori, et le souci d'arriver à des solutions harmonieuses sur le plan international. »

VI. Les conditions démographiques et les conflits de lois

Il faut tout d'abord distinguer le cas où le facteur démographique ne fait que réaffirmer le maintien de la loi du domicile ou, dans un sens plus général, du principe territorialiste déjà adopté pour d'autres motifs, de celui où ledit facteur démographique est en fait la cause qui détermine un revirement territorialiste dans le système de droit international d'un pays.

Dans le premier cas, les conditions démographiques ne sont en réalité que l'atmosphère qui entoure et vivifie une plante déjà existante. Dans le second, c'est la plante même qui doit son existence aux conditions démographiques.

L'adoption du principe, dans le premier cas, est antérieure et indépendante de telles conditions, quoique celles-ci viennent la confirmer et la soutenir. Les partisans de la loi du domicile ou, en général, du principe territorial, accueilleront cette espèce d'encouragement avec joie ; les adhérents à la loi nationale ou, en général, au principe personnaliste, l'enregistreront avec

regret. Les uns et les autres reconnaîtront que cette adoption répond à une conviction juridique de nature permanente et d'application égale aux nationaux et aux étrangers. La controverse se maintiendra sur le même plan et avec un langage commun.

Dans ce sens, on peut dire que les deux lois, malgré leur diversité, entendent répondre aux besoins de l'individu, et toutes deux se rattachent au principe personnel.

La situation deviendrait différente si le changement de système avait été déterminé sous l'influence des conditions démographiques. Il ne s'agirait plus alors d'un choix fait en considération de la personne et pour les motifs traditionnels que nous sommes habitués à entendre : identification du domicile avec le milieu social où l'individu développe sa vie juridique, facilité des transactions et de l'accès aux tribunaux.

Précisément pour cela, l'adoption de la loi du domicile sous l'influence des conditions démographiques prend, dans la doctrine des auteurs français qui la soutiennent, le double sens de l'application de la loi territoriale aux étrangers domiciliés, et du maintien en même temps de la loi nationale pour les nationaux à l'étranger. Cela ne démontre pas un attachement foncier au principe de la loi du domicile, avec toutes ses conséquences, mais une position défensive, pour des raisons transitoires d'ordre politique, dont le résultat amène à réglementer des situations de fait semblables par des solutions juridiques diverses.

Ajoutons, pour mieux préciser, que le facteur démographique n'est pas élevé par la doctrine qui le défend à la hauteur d'un principe qui, seul, justifierait le système territorial. Un auteur aussi qualifié de cette école que M. Niboyet cherche le fondement de sa conception territorialiste, en même temps que dans le facteur démographique (quoique celui-ci soit capital) dans d'autres arguments, tels que la sauvegarde de la souve-

raineté de l'Etat, la tradition de la vieille école française, l'extension géographique de la loi du domicile.

Les partisans de la tendance doctrinale qui, plus ou moins, tirent leurs arguments du facteur démographique, ont raison lorsqu'ils s'élèvent contre le pouvoir séduisant des trop simples solutions universalistes qui ne tiennent pas compte de données sociales ; mais ils ont tort lorsqu'ils proclament, comme souhaitables, des solutions également simples quoique opposées, c'est-à-dire dans le sens territorialiste, car, pour des motifs internes temporaires, elles conduiraient à l'anéantissement du droit international privé.

* * *

Le territorialisme né des conditions démographiques laisse à l'écart le patrimoine juridique de la personne et fixe le centre de gravité de sa doctrine dans des conditions sociales et politiques changeantes, dont l'étranger domicilié subit les conséquences sur son propre statut personnel, mais dont on veut sauver le national à l'étranger en réclamant pour lui le respect — difficile, ainsi, à obtenir — de sa loi d'origine.

L'accent territorialiste devient plus aigu quand on veut soumettre, au moins en partie, la succession de certains biens mobiliers à la *lex rei sitae*, ce qui dépasserait le territorialisme de D'Argentré.

La loi territoriale avait toute sa raison de prévaloir, par des arguments purement juridiques, en face de la doctrine de Mancini, lorsque celui-ci essayait de soumettre les biens à ce qu'il appelait des lois volontaires, sauf l'ordre public international ; car, tout ce qui a trait aux biens objectivement considérés, doit être soumis, par sa nature même — Savigny l'a incontestablement démontré — à la *lex rei sitae*, en tant que règle ; non à l'ordre public, en tant qu'exception.

Le principe territorial ne peut pas avoir la même force en

présence du statut personnel. Il s'agit ici des rapports qui visent la vie civile, pour ainsi dire intime de la personne, sa capacité, son droit de famille. Que l'on applique à cet effet la loi du domicile ou la loi nationale, les motifs qui dictent le choix doivent toujours et fondamentalement viser les personnes. Et c'est ainsi que les deux grands principes ont été conçus par la doctrine contemporaine et admis dans les législations en vigueur.

Le mouvement rénovateur néo-territorialiste fondé sur la démographie, dans sa phase actuelle et dans les pays où il ne s'appuie pas sur une base légale existante, cherche à obtenir la consécration législative, mais il se maintient encore dans le domaine de la jurisprudence et, surtout, dans celui de la doctrine.

C'est seulement en France jusqu'ici, et sur la question de la nationalité, que le problème a attiré l'attention du législateur, qui a accusé l'influence progressive du *jus soli* au détriment du *jus sanguinis*.

C'est pourquoi le moment semble opportun pour réfléchir et pour inviter tout le monde cordialement à réfléchir sur la portée juridique de cet argument dans le présent et dans l'avenir du droit international privé.

La préoccupation démographique peut être plus efficacement servie par des procédés autres que celui de règlement territorialiste des conflits de lois : dosage en nombre et, surtout, en origine des immigrants pour mieux assurer leur assimilation ; facilités et encouragements pour l'accès à la nationalité ; peut-être aussi, comme M. Gutzwiller le rappelle, la formule du *jus laboris*, proposée par la doctrine Garay, en vue de concilier le *jus sanguinis* et le *jus soli*. Et surtout, lorsqu'il s'agit du cas de la France, son extraordinaire pouvoir d'assimilation qui ne doit laisser place à aucune espèce d'inquiétude au point de vue national.

A plus forte raison, lorsque la grande majorité des immigrants n'a aucune intention de rentrer dans son pays d'origine, ce qui vient d'une part les ancrer plus fortement dans leur pays d'adoption et d'autre part réduire à une minorité ceux qui gardent, en fait, comme une chose vivante, leur propre nationalité d'origine. A quoi bon par conséquent forcer les choses, non seulement contrairement à une justice élémentaire, mais aussi contre le respect de la personne de l'immigrant dans le cercle le plus intime de sa vie civile ? Pourquoi ne pas attendre que le fruit soit mûr ?

L'effet, précisément sur ceux qui peuvent intéresser le plus le pays territorial, serait contraire au double but qu'on poursuit : d'attraction, d'abord ; d'assimilation, ensuite.

* * *

La plupart des collègues qui ont bien voulu éclairer la question par leurs réponses au Rapport préliminaire (Annexe B) ont estimé qu'après avoir dégagé la nature et l'étendue de l'influence des conflits de lois, il fallait en tirer des conséquences.

J'ai essayé de le faire dans les commentaires qui précèdent. Je voudrais bien que l'on n'y voie que le simple accomplissement d'une lourde tâche qui m'a été donnée, et l'expression sincère d'une modeste mais ferme conviction, qui garde son respect cordial pour les avis contraires, souvent plus éclairés que le mien et également dévoués, je le sais bien, à l'idéal de justice.

Nous arrivons à la fin. Je comprends fort bien que ce rapport serait incomplet et qu'il n'offrirait pas de base pour les délibérations de notre Institut s'il n'apportait pas des conclusions, sur lesquelles, en séances plénières, on pourrait se prononcer.

En revanche, je prie tous mes collègues de bien vouloir considérer à leur tour la difficulté qu'il y a à formuler des

conclusions sur une matière qui, ainsi que je l'écrivais aux membres de la Commission au moment de leur remettre mon rapport préliminaire, « ne rentre pas dans le cadre traditionnel des institutions et questions classiques de tout système de droit international privé. C'est en effet — disais-je — un sujet nouveau, dégagé plutôt de circonstances historiques, dont la physionomie et le contour sont imprécis ».

Les conclusions que j'ai l'honneur de formuler ne sont pas, donc, un projet de règles de droit. Elles ne font que constater les faits et les systèmes, dégager les conséquences, donner à l'Institut l'occasion d'examiner le problème.

L'Institut pourra de ces trois positions adopter celle qu'il trouvera préférable : prendre acte du rapport ; délibérer sur la matière et se prononcer sur les conclusions qui suivent ; aborder, après avoir résolu les principes, une recherche plus approfondie des solutions souhaitables.

B.

Projet définitif de Résolutions

1. Le facteur démographique par rapport au règlement des conflits de lois a, évidemment, un aspect politique, mais il n'est pas une matière étrangère au droit. Donc, ce problème rentre dans le cadre de nos travaux. De même, les droits fondamentaux de l'homme, malgré leur aspect politique qui se reflète dans les législations internes des Etats, ont une valeur juridique.

2. L'influence des conditions démographiques dans le règlement des conflits de lois, se manifeste en général soit en dressant le principe de la territorialité contre celui de la personnalité, soit en adoptant la loi du domicile contre la loi nationale.

Cependant, le problème que nous avons à examiner n'est pas précisément celui de l'option entre le principe territorial et le principe personnel ou entre la loi du domicile et la loi nationale, questions sur lesquelles les systèmes doctrinaux et législatifs s'opposent pour des raisons juridiques. Ce que nous avons à considérer, c'est l'influence d'un facteur extrajuridique sur le règlement des conflits de lois.

3. La loi du domicile est celle qui règle le statut personnel dans la majorité des pays d'immigration. Néanmoins, elle n'y est pas unanime et son adoption, dans la plupart des pays américains, ne correspond pas à l'influence des conditions démographiques, qui sont apparues plus tard, mais à des raisons d'ordre doctrinal et juridique, qui étaient fondamentales à l'origine.

4. Les conditions démographiques ont exercé une influence historique dans les pays où la loi du domicile avait déjà été choisie pour régir le statut personnel, dans le sens qu'elles

ont raffermi son empire et étendu aux accords internationaux le principe auparavant établi pour les lois internes.

5. D'autre part, le facteur démographique exerce une influence actuelle dans des pays où la loi du domicile et, en général, la loi territoriale, font leur chemin dans la doctrine et dans la jurisprudence au détriment de la loi nationale, qui est la règle légale et qui était auparavant le principe incontesté ; et cela, pour des raisons d'ordre démographique.

6. Les nouvelles doctrines territorialistes ne s'appuient pas exclusivement sur l'argument démographique, qu'elles font accompagner d'autres raisons, telles que celles qui touchent à la sauvegarde de la souveraineté territoriale et à la facilité des transactions.

La démographie n'est pas, donc, élevée à la catégorie d'un principe de droit qui, seul, justifie un système des conflits de lois. Le problème qui reste à résoudre est celui de déterminer la valeur de son influence en droit international privé.

7. La discrimination entre la loi imposée aux étrangers et celle réservée aux nationaux, est une confirmation du caractère politique plutôt que juridique de cette influence.

Elle conduit à des solutions diverses pour des situations semblables, ce qui entraîne un germe d'inégalité et d'injustice dont les étrangers — et peut-être aussi, par rétorsion, les nationaux mêmes — souffriraient les conséquences.

8. Les problèmes politiques et sociaux suscités par les conditions démographiques peuvent recevoir, et ils ont déjà trouvé dans certains pays d'immigration, des solutions et des remèdes autres que celui de leur projection sur le règlement des conflits de lois.

9. Alertés en face du simplisme universaliste, qui néglige la réalité politique, soyons aussi vigilants vis-à-vis du simplisme territorialiste, qui ne se soucie pas de la réalité humaine.

10. La tâche la plus élevée de la doctrine en droit international privé est celle de concilier dans la mesure du possible les différents systèmes législatifs. Et la voie la plus adéquate pour l'obtenir est celle de s'efforcer de créer une atmosphère propice à la compréhension mutuelle, « en travaillant — c'est la phrase de nos Statuts dans leur article premier — à formuler les principes généraux de la science, de manière à répondre à la conscience juridique du monde civilisé ».

11. Tout en tenant compte des conditions démographiques, l'influence politique et sociale de celles-ci sur le règlement des conflits de lois, ne doit dépasser des limites juridiques qu'il faut respecter, car le droit nous donne la mesure de la justice.

ANNEXES

Documentation contenue dans le rapport préliminaire présenté par M. de Yanguas Messia à la session de Bruxelles (1948)

1. Questionnaire adressé aux membres de la Commission le 31 décembre 1947

1. Doit-on estimer compris, dans l'énoncé du thème, les conflits de lois dérivés du transfert obligatoire de populations et relatifs au règlement des biens, droits et intérêts des émigrants, ou seulement les conflits de lois qui concernent les transferts facultatifs ?

2. L'influence des conditions démographiques à considérer dans ce rapport doit-elle s'étendre, oui ou non, aux conflits de lois qui concernent la nationalité basée sur la filiation ou sur le lieu de naissance, et à ceux qui touchent la loi personnelle ou celle du domicile ?

3. Doit-on y inclure les conflits de lois en matière de protection sociale ?

4. Le problème qui nous est posé doit-il être ramené aux conceptions diverses, personnaliste ou territorialiste, que les conditions démographiques suscitent dans les pays d'émigration et dans ceux d'immigration ?

5. Devons-nous nous borner à la simple constatation des faits ou devons-nous exprimer un critère de valeur juridique et proposer des solutions souhaitables ?

6. Dans l'hypothèse affirmative, devons-nous tâcher de formuler une norme uniforme, ou devons-nous suggérer soit de possibles solutions de compromis, soit de justes limites à la détermination de chaque Etat ?

7. Notre étude doit-elle poursuivre la discrimination et la clarification, aussi objective que possible, de ce que l'influence des conditions démographiques sur le règlement des conflits de lois reçoit de facteurs politiques contingents ou, par contre, ce qu'elle peut en avoir de raisons d'ordre juridique recevables en doctrine ?

2. Réponses des membres de la Commission au questionnaire du 31 décembre 1947

Une concordance fondamentale d'avis peut être enregistrée, bien qu'avec des nuances diverses, sur quelques-unes des questions posées dans le questionnaire. L'accord, en principe, résulte des réponses reçues en ce qui concerne :

1° La limitation du thème « aux mouvements de populations qui procèdent du cours normal des choses : migrations spontanées déterminées principalement par un certain déséquilibre dans les conditions économiques et sociales des pays ». (Pour prendre la définition de M. Ch. De Visscher, en réponse au n° 1 du questionnaire, exprimée avec d'autres mots dans tous les avis reçus.)

2° L'influence des conditions démographiques à considérer dans notre rapport doit être examinée au point de vue des conflits de lois civiles. (N° 2 du questionnaire.)

3° La simple constatation des faits serait insuffisante. Il faut dégager des conséquences ou des appréciations juridiques. (N^{os} 5, 6 et 7 du questionnaire.)

Diversité de nuances :

M. Basdevant : « Cette constatation (des faits) serait déjà une œuvre doctrinale importante. Je souhaite qu'il s'y ajoute une appréciation et la recherche de solutions souhaitables, compte tenu des constatations faites. »

M. Lewald : « Il me semblerait utile de ne pas se borner à une simple constatation des faits, mais d'essayer de formuler un critérium qui permette d'en juger la valeur juridique. »

M. Marshall Brown se prononce en faveur de l'alternative suggérée dans le nº 7 du questionnaire, c'est-à-dire la discrimination des facteurs juridiques et politiques. [1]

M. le baron Nolde : « Je crois qu'il est utile et intéressant de poser le problème de façon à ce que l'Institut puisse se prononcer sur la valeur du point de vue démographique en droit international, tant au point de vue théorique qu'au point de vue pratique. »

M. Niboyet : « Notre travail serait incomplet et inutile si nous ne proposions pas de résolutions, car le but de notre Commission n'est pas de se contenter de constater des faits. »

M. Salvioli : « Pour ce qui regarde la méthode et le but de notre travail, je suis d'avis qu'après avoir accompli une constatation de la situation actuelle on doit procéder à l'indication de limites à la détermination de chaque Etat. »

M. Ch. De Visscher : « Je crois que l'Institut a voulu procéder à une étude objective, à une sorte d'enquête sur le problème posé par l'incidence des facteurs démographiques. Vu l'intérêt hautement politique que les solutions présentent pour chaque Etat, je doute qu'il soit possible de poser ici de véritables critères de valeur. Mais il importe de dégager les

[1] Il a fait aussi parvenir au rapporteur des documents publiés par la Commission de la population des Nations Unies.

conséquences de ces solutions sur les intérêts humains et privés. L'essentiel n'est ni de justifier, ni de critiquer, mais d'expliquer et de dégager les conséquences. »

Par contre, des divergences de vues se sont manifestées pour d'autres questions, toujours sur la méthode à suivre :

1) Tout d'abord, sur la valeur même de cette étude, M. Niboyet, à titre de préambule, attache « peu de prix à la valeur des travaux de notre Institut en une pareille matière essentiellement politique et où les préoccupations académiques risquent de prendre le dessus, ce qui, inéluctablement, les faussera complètement ».

2) M. le baron Nolde croyait qu'il est utile de considérer tous les problèmes de conflits de lois, non seulement civiles mais aussi commerciales. « Cela — ajoutait-il — permettra, à certains d'entre nous qui estimeraient que la démographie ne saurait être admise comme principe de solution des problèmes techniques d'organisation du droit, de ne pas se sentir gênés dans l'exposé de leur point de vue. »

3) Problèmes relatifs à la nationalité (n° 2 du questionnaire). MM. Ch. De Visscher, Lewald et Salvioli se prononcent pour leur inclusion ; MM. Niboyet et Basdevant contre, sauf en ce qui concerne les conflits de lois en cette matière (double nationalité, apatridie).

4) Conflits de lois en matière de protection sociale (n° 3 du questionnaire). MM. Basdevant, Salvioli et De Visscher pour leur insertion ; MM. Niboyet et Nolde contre. M. Lewald, abstention.

5) Divergence peut-être conciliable : l'étude du problème doit-elle s'étendre aux pays d'émigration et aux pays d'immigration (n° 4 du questionnaire) ? MM. Lewald, Nolde et De Visscher, oui ; M. Basdevant : « Tout en inclinant pour

la négative, je pense qu'on ne pourra répondre à cette question que sur la base des résultats des recherches effectuées. » M. Niboyet : « Il me semble qu'on pourrait se limiter à l'aspect du problème dans les pays d'immigration, bien qu'il ait sa contre-partie dans certains abandons à faire par les pays d'émigration. S'il vous paraît inopportun de se maintenir à un point de vue unilatéral, je ne vois pas d'inconvénient à ce que vous embrassiez le problème dans ses deux aspects : immigration et émigration, qui, évidemment, se commandent. Sur le terrain d'un règlement international, cela s'imposerait. »

Les avis des membres de la Commission que je viens de résumer montrent combien de doutes soulève la fixation du programme du rapport.

Trois problèmes se posent à notre considération : 1) le plan à suivre ; 2) la constatation des faits ; 3) la recherche de solutions souhaitables.

1) Le plan à suivre. Il me semble prudent, étant donné le caractère préliminaire du rapport et le nombre limité des réponses reçues, de se borner aux questions ayant recueilli la quasi-unanimité des avis émis par des membres de la Commission. Les membres partisans d'en ajouter d'autres auraient l'occasion de les proposer en séance plénière.

2) La constatation des faits. Le bilan des faits ne peut être entrepris qu'après fixation du plan.

3) La recherche de solutions. Cette recherche sera la conséquence et non la prémisse de la constatation des faits. Le rapporteur ne doit pas se prononcer à cet égard, sans remplir d'abord la seconde tâche qui vient d'être signalée.

Néanmoins, les membres et associés de l'Institut qui n'ont pas à garder la réserve imposée dans ce cas-ci au rapporteur, pourront se prononcer, non seulement en ce qui concerne la

question du plan, mais aussi sur la question de fond. Une telle collaboration serait d'utilité et d'orientation précieuses pour le rapporteur. C'est en vue de la permettre que j'ai l'honneur de soumettre à l'Institut, à côté des propositions qui visent la question de méthode (objet principal de ce rapport préliminaire), d'autres qui font allusion à la substance du problème.

3. Propositions préliminaires de M. de Yanguas Messia

1. L'influence des conditions démographiques à considérer dans ce rapport est celle qui touche les conflits de lois civiles.

2. Une constatation des faits s'impose tout d'abord pour fixer la nature, l'étendue et les conséquences de l'influence exercée dans ce domaine par les conditions démographiques.

3. On doit étudier le problème de fait et la conception diverse, personnaliste ou territorialiste, que les facteurs démographiques suscitent dans les pays d'émigration et dans ceux d'immigration.

4. Il faut dégager, aussi objectivement que possible, les conséquences de cette constatation des faits sur les intérêts humains et privés.

5. Les résultats de ces recherches seront d'autant plus complets que l'étude accomplie et l'avis collectif de l'Institut permettraient d'aboutir à des résolutions souhaitables qui suppriment, au point de vue de la doctrine, le contraste existant en la matière entre les raisons et les facteurs d'ordre juridique et politique.

Observations en réponse à la demande du rapporteur adressée aux membres de la Commission le 20 août 1949, de lui faire connaître leurs opinions sur son rapport préliminaire

1. Note de M. Jules Basdevant

26 septembre 1949

Le règlement des conflits de lois tel qu'il se présente traditionnellement depuis les origines de sa formation jusqu'à nos jours procède essentiellement de l'analyse juridique. C'est par l'analyse juridique d'éléments diversement choisis suivant les systèmes : analyse des rapports de droit, des actes juridiques, des caractères de la coutume ou de la loi, du but social de celle-ci, etc., analyse pratiquée suivant des méthodes diverses, que les règles proposées, reconnues ou appliquées en matière de conflits de lois ont été dégagées, élaborées, systématisées. Pendant longtemps les considérations déduites des conditions démographiques ne sont intervenues qu'à titre complémentaire, non pour établir telle ou telle règle mais pour faire constater que telle règle, établie par la méthode d'analyse juridique, concordait avec les conditions démographiques de tel pays. Ainsi la règle du très ancien droit français (XIII[e] siècle) que constate Beaumanoir, selon laquelle les coutumes sont territoriales, le juge appliquant sa propre coutume, s'explique par le régime féodal ; au maintien de cette règle contribue alors un fait démographique, la rareté des allées et venues des hommes : dès que cette situation se sera modifiée, les exceptions à cette règle apparaîtront : *locus regit actum*, statut d'autonomie. Plus près de nous, le système de Mancini se présente avec une force particulière si les sujets de l'Etat sont de même race, parlent la même langue, ont été élevés dans la même

tradition ; il s'affaiblit dans la mesure où l'Etat a été amené à octroyer sa nationalité à un grand nombre de personnes d'origine étrangère. Plus directement encore, on a pu observer que la compétence de la loi du domicile en matière de statut personnel qui est admise dans la plupart des Etats américains est en concordance avec les conditions démographiques de ces pays d'immigration. Cette constatation a été faite sans prétendre y trouver la justification de la règle de conflit ainsi adoptée, la raison expliquant son adoption : en fait, cette adoption procède beaucoup plus directement de l'ancienne théorie des statuts, de la tradition anglo-saxonne et des enseignements de Savigny. C'est après coup qu'il a été relevé qu'elle était adaptée aux conditions démographiques des pays d'immigration.

C'est là, d'ailleurs, un aspect particulier d'un phénomène général. Traditionnellement, le règlement des conflits de lois a été déduit de l'analyse juridique et non déterminé sur la base des données sociales de toutes sortes : économiques, démographiques ou autres, en présence desquelles surgissent ces conflits.

Il se peut que, de longue date, ces données sociales aient exercé leur influence sur l'esprit du juge appelé à choisir entre diverses lois celle qu'il estimerait compétente pour régler le litige qui lui était soumis. Laïné a relevé que la formation de l'ancienne doctrine italienne des statuts avait été déterminée par les relations commerciales entre les villes italiennes au Moyen Age. Dans cette mesure, ces données sociales ont exercé leur influence sur la formation du droit jurisprudentiel en la matière. De même peut-on relever que c'est au milieu du XIX^{e} siècle, alors que les voyages entre la Grande-Bretagne et le continent se sont multipliés, que les Cours anglaises ont admis la loi du domicile comme loi personnelle en matière d'état et de capacité au lieu de la *lex loci actus*, ou pour régler

les rapports pécuniaires d'époux mariés sans contrat au lieu de la *lex rei sitae*.

Le développement de la sociologie a, d'une part, fait apparaître les caractères sociaux au milieu desquels se posent les problèmes juridiques, d'autre part, conduit à rechercher si les règles proposées ou adoptées pour résoudre ces problèmes étaient en harmonie avec les caractères sociaux dont l'existence avait été reconnue. Une recherche de cet ordre est d'une importance particulière en matière de conflits de lois pour ce motif qu'ici la place est largement faite aux doctrines, c'est-à-dire à des solutions que n'appuie pas l'autorité d'un législateur mais qui tirent leur force de leur valeur propre, c'est-à-dire de leur adaptation exacte au milieu social qu'elles entendent régir, ici aux aspects sociaux des relations internationales d'ordre privé. Ainsi voit-on, par exemple, la considération des exigences du crédit public et de la sécurité dans les relations d'ordre économique tenir une place importante dans la détermination de la loi applicable à la capacité de contracter.

Rien de surprenant dès lors que les considérations démographiques aient de nos jours pris place dans la recherche du règlement des conflits de lois.

La question a pu surgir dans un cadre plus ou moins large.

Un élément démographique qui n'est pas propre à tel ou tel pays mais commun à tous, sauf à l'être dans une mesure variable pour chacun, résulte de l'existence de familles, légitimes ou naturelles, dont les membres n'ont pas tous la même nationalité. D'où des difficultés de plus en plus fréquentes qui se sont fait jour notamment à propos du divorce et de la recherche de la paternité : quelle loi doit ici être applicable alors qu'on part de l'idée que la matière rentre dans le statut personnel, que celui-ci relève de la loi personnelle de l'intéressé et qu'il y a deux intéressés n'ayant pas la même loi personnelle ? Des solutions diverses ont été données en jurisprudence. En

doctrine, cette situation a fait surgir chez certains auteurs une idée nouvelle, celle qu'ici était en cause un lien entre deux personnes et qu'en conséquence il fallait non retenir la loi personnelle de tel ou tel des intéressés mais déterminer la loi qui régit le lien lui-même dont l'existence ou la dissolution est en cause. Si l'on considère les effets du mariage, l'idée a été souvent énoncée que la loi personnelle du mari doit les régir, mais cette idée ne semble pas pouvoir prévaloir aujourd'hui. Certains lui opposeront l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies ; d'autre part, dans les pays à forte immigration étrangère cette solution cadre mal avec le fait que, le plus souvent, dans une famille mixte, le mari seul sera étranger. Sous l'empire de cette considération déduite de la situation démographique, plusieurs auteurs français préconisent ici l'application de la loi du domicile comme tel ; un autre voudrait faire prévaloir la loi française si l'un des époux est français ; un autre enfin propose, si le mari seul est étranger, la femme et les enfants étant français et le ménage établi en France, de tenir la famille pour française et, à ce titre, d'appliquer la loi française. C'est là un appel direct à l'élément démographique : on aperçoit, d'ailleurs, par cet exemple, combien peut être complexe l'application d'un tel critère de rattachement.

Le problème a été parfois posé en des termes plus larges. En France, déjà à la fin du XIX^e^ siècle, de Vareilles-Sommières s'effrayait de la menace qu'il croyait discerner, de voir le territoire français où, écrivait-il, 1.200.000 étrangers et plus résident et possèdent, livré aux lois successorales du monde entier. Effroi passablement exagéré : d'une part, le danger annoncé ne s'est point réalisé, la France n'ayant jamais admis la compétence de la loi nationale du *de cujus* en matière de succession ; d'autre part, parmi ces 1.200.000 étrangers,

figuraient nombre d'enfants, de personnes sans fortune au décès desquels aucune question de règlement successoral n'avait à se poser ; au surplus, la plupart des successions s'ouvrent entre ascendants et descendants et, pour leur règlement, la plupart des législations contiennent des dispositions identiques ou équivalentes. L'argument démographique invoqué avec une exagération aussi manifeste ne mérite pas d'être repris aujourd'hui en ces termes.

Mais des vues plus mesurées ont été énoncées à la suite de la guerre de 1914. Les meilleurs auteurs ont porté leur attention sur l'importance de l'immigration étrangère en France et les conséquences qu'il en fallait tirer dans le domaine du règlement des conflits de lois.

Bartin, après avoir indiqué la place importante reconnue à la loi nationale dans le système français de Droit international privé, énonçait que cela ne s'accorde plus à la situation dans laquelle la guerre de 1914 a laissé la France et qui comporte l'afflux d'une population étrangère amenée à se fixer à titre permanent en France ; il faut, dit-il, par l'extension du statut personnel français à des situations que les formules anciennes soumettaient à la loi étrangère, préparer l'adaptation de ces étrangers à la vie et aux habitudes françaises. Sa méthode d'analyse juridique ne pouvait pas le conduire à déterminer exactement la place à faire à l'élément démographique qu'il a ainsi si bien mis en lumière et à déterminer les conséquences à en retenir ; cependant, à propos du statut matrimonial d'époux dont l'un est français et l'autre étranger, il a constaté d'une part que l'application aux deux époux de la loi française rétablirait entre eux l'unité de statut matrimonial qu'a détruite l'application à chacun de sa propre loi nationale, mais, d'autre part, que cette application de la loi française ne serait pas reconnue dans le pays de l'époux étranger.

Le problème apparaissait ainsi sous son double aspect.

Nombreux sont les auteurs français qui, dans ces trente dernières années, ont repris avec plus ou moins de fermeté ou plus ou moins de nuances la constatation faite par Bartin. Partant de la condition démographique de la France, faisant état du nombre élevé d'étrangers qui s'y trouvent, ils ont préconisé certains changements aux solutions traditionnelles du conflit des lois en vue de faire la place plus large à l'application de la loi française aux étrangers établis en France. La Commission de l'Institut compte parmi ses membres l'un des adeptes les plus fervents de cette conception : il est particulièrement qualifié pour indiquer quel crédit lui a été fait en doctrine et en jurisprudence et à quels résultats elle a conduit.

A vrai dire, après la première guerre mondiale, il n'y a pas eu de changement de principe dans la jurisprudence : celle-ci continue à tirer les conséquences des principes qu'elle a précédemment adoptés. En matière de succession mobilière, sa solution traditionnelle consiste à appliquer la loi du domicile du défunt : l'idée que, pour l'étranger, il s'agissait là de son domicile de droit et que celui-ci ne pouvait être, en France, qu'un domicile autorisé par décret (art. 13 Code civil), puis l'influence de la doctrine de Mancini avaient, au début du siècle, paru orienter vers la soumission de la succession mobilière de l'étranger à sa loi nationale alors que celle du Français était régie par la loi de son domicile ; mais, après la suppression, en 1927, de l'admission à domicile, la jurisprudence en est revenue à la tradition qui fait régir par la loi française la succession de l'étranger ayant eu son dernier domicile en France. Il est difficile de souscrire à l'opinion que cette solution ait été dictée par la situation démographique de la France : c'est beaucoup plutôt un retour à une solution traditionnelle.

La difficile question du divorce entre époux n'ayant pas la même nationalité a fait l'objet de décisions judiciaires qui,

sauf de rares exceptions, procèdent de l'idée traditionnelle que l'état des personnes est régi par leur loi nationale. Aucune considération d'ordre démographique n'intervient ici. Il n'en est autrement qu'en doctrine lorsque M. Batiffol présente comme la solution probablement la meilleure pour tous les ménages fixés en France dont l'un des époux est étranger l'application de la loi du domicile commun : mais lui-même tient cette solution pour audacieuse en l'absence de texte.

Les auteurs qui, dans ces trente dernières années, se référant à la situation démographique de la France, ont préconisé d'étendre le domaine d'application de la loi française ont souvent repris l'idée de Bartin qui voyait en cela un élément d'assimilation des étrangers établis en France : on a cependant relevé que cet élément était de faible valeur en comparaison des liens de fait qui subsistent parfois entre cet étranger et son milieu national. Souvent d'ailleurs, et c'est le cas chez Niboyet, défenseur énergique de la territorialité, l'argument démographique n'intervient qu'à côté de bien d'autres qu'il tire de la tradition, du respect dû à la souveraineté de l'Etat, des facilités techniques d'application, de la pratique de nombreux Etats, toutes considérations qui ne se rattachent pas nécessairement aux conditions démographiques.

En 1930, la Société d'Etudes législatives élabora, sur le rapport de M. Niboyet, un projet de loi sur le statut des Français à l'étranger et des étrangers en France. Le projet prescrit l'application de la loi française, d'une part, aux effets personnels du mariage entre un étranger et une femme française résidant habituellement en France, d'autre part, à la capacité juridique et à la tutelle du mineur domicilié en France, alors qu'il maintient la compétence de la loi française pour régir l'état et la capacité du Français résidant en pays étranger. Dans l'élaboration de ce projet on s'est manifestement inspiré de l'état démographique de la France, mais ici encore cette

considération n'est pas la seule qui soit entrée en ligne de compte.

Ledit projet ne retient d'ailleurs ces considérations démographiques que dans la mesure où il entend obtenir l'application de la loi française aux étrangers. Au contraire, pour prescrire l'application aux Français de la loi française, il ne se préoccupe pas des conditions démographiques du milieu dans lequel vivent ces Français. Cependant, si les conditions démographiques ont place dans la détermination des cas dans lesquels la loi française étend son effet aux étrangers, ne doivent-elles pas entrer en ligne de compte en vue de reconnaître la prétention d'une loi étrangère de s'appliquer, à ce titre, aux Français ? Le projet ne s'arrête pas à cet aspect du problème.

Ce projet correspond à un examen de la situation démographique de la France qui, s'il n'a suscité aucune modification dans la législation en notre matière, a incité certains auteurs à se mettre en garde contre une très large place accordée en France aux lois étrangères, à préconiser ce que l'un d'eux a appelé une certaine xénophobie juridique. En même temps que celle-ci se manifestait, on a dû se préoccuper des réactions qu'elle pouvait entraîner et auxquelles le besoin qu'a éprouvé la France de recevoir des travailleurs étrangers devait la rendre particulièrement sensible. Ainsi s'explique qu'à un moment où une partie importante de la doctrine réclamait l'extension de la compétence de la loi du domicile au détriment de la loi nationale, au moment où, à la Conférence de droit international privé de La Haye (1928), la compétence de la loi du domicile en matière de succession mobilière était fortement défendue par la délégation française, la convention franco-italienne du 3 juin 1930 ait consacré la compétence de la loi nationale en matière d'état et de capacité des personnes, de rapports de famille, de régime matrimonial d'époux mariés sans contrat et de succession mobilière et, en même temps,

en une forme compliquée, ait laissé ouverte la possibilité d'appliquer en ces matières la loi française dans le cas d'un Italien ayant son principal établissement et sa résidence habituelle en France. Un essai de conciliation entre des vues opposées se fait ainsi jour. De cela on peut rapprocher la suggestion doctrinale présentée par M. Batiffol : le statut personnel restant régi par la loi nationale, il préconise qu'à celle-ci soit substituée la loi du domicile pour l'étranger établi sans esprit de retour dans son pays, la fixation d'un tel domicile devant donner lieu à une formalité appropriée.

Le projet de la Société d'Etudes législatives mentionné ci-dessus et les vues doctrinales auxquelles il fait écho conduisent à des solutions dont le caractère est de se présenter comme adaptées aux conditions démographiques de la France. Mais la compétence de la loi française ainsi établie sera-t-elle reconnue à l'étranger ? Souvent ceux qui ont, en France, préconisé des solutions dictées, à leur avis, par l'état démographique de la France paraissent n'en avoir eu que peu de souci. Ils se sont efforcés de construire un droit international privé français correspondant aux besoins français, spécialement aux conditions démographiques de la France ; ils ont entendu réagir contre des conceptions universalistes partant de vues a priori harmonieusement déduites mais mal adaptées à des réalités sur lesquelles les études de sociologie ont attiré l'attention. Cependant, il est difficile d'admettre qu'on soit en présence d'un règlement satisfaisant d'un conflit de lois si celui-ci doit être tranché en des sens différents suivant que la même affaire sera portée devant le tribunal d'un pays ou devant celui d'un autre pays. Un juriste français, bien informé de la pratique française et étrangère, M. Lepaulle, sans refuser audience au facteur démographique, rappelle l'intérêt pour le pays du for d'avoir des règles de conflit susceptibles d'être universellement acceptées.

L'Institut de Droit international ne saurait être insensible à cette préoccupation et celle-ci correspond à l'intérêt des justiciables. Il lui appartient de rechercher le point de conciliation entre cet appel aux considérations démographiques qui, pour s'être fait jour tout d'abord sur le plan des systèmes nationaux de droit international privé, ne peuvent cependant pas être rejetées a priori, et le souci d'arriver à des solutions harmonieuses sur le plan international.

La tâche est malaisée. Elle n'est cependant pas absolument nouvelle. Un phénomène démographique important à l'époque contemporaine a été constitué, à côté des mouvements volontaires d'émigration et d'immigration, par ces mouvements dictés par des circonstances politiques et qui ont amené, dans certains pays, un afflux de réfugiés et de personnes déplacées, les uns conservant leur nationalité, les autres devenant des apatrides, certains réclamés, revendiqués par le Gouvernement de leur pays d'origine, d'autres répudiés par celui-ci qui leur refusait sa protection. A l'exemple du jurisconsulte français Proudhon qui, en présence de l'émigration polonaise, avait imaginé au profit de celle-ci la théorie de l'incolat, ce phénomène démographique attira de bonne heure l'attention de la Société des Nations : quelques règles de conflit s'y rapportant ont été formulées. Ce n'est pas le lieu de les analyser. Il suffit ici de constater qu'elles répondent à des situations très diverses : celle de l'apatride est relativement simple, celle du réfugié qui conserve sa nationalité mais a perdu la protection du Gouvernement de son pays d'origine est beaucoup plus complexe. De celui-ci, en effet, quand peut-on dire qu'il faut l'intégrer dans la communauté législative de l'Etat de séjour, qu'il tend lui-même à s'y intégrer ? Quand doit-on dire, au contraire, qu'il aspire au retour dans un pays dont les événements politiques l'ont écarté ? L'immigrant volontaire n'est lui-même pas toujours dans la même situation : suivant les cas il conserve

ou ne conserve pas l'esprit de retour dans son pays ; avec le temps sa pensée, à cet égard, peut changer pour l'attacher davantage au pays de séjour ou le rappeler au contraire dans son pays d'origine. Et le cas de cet immigrant est différent de celui de l'étranger ordinaire. Dès que l'on sort des formules générales, le phénomène démographique et son incidence apparaissent complexes.

Et c'est ici la conclusion à retenir. Les doctrines traditionnelles du Droit international privé ont été relativement simples et ont pu créer l'illusion d'arriver aisément à des solutions harmonieuses de pays à pays. Tout cela est assurément fort enviable. Mais le Droit est une règle de vie sociale. La valeur de ses dispositions dépend de leur adaptation aux réalités de la vie sociale. Les conditions démographiques sont un élément de celles-ci. Si diverses qu'elles soient de pays à pays, si changeantes qu'elles puissent être, les difficultés très réelles qu'il y a à en tenir compte ne dispensent pas de faire effort pour y parvenir.

J. Basdevant

2. Réponse de M. J. L. Brierly

14 septembre 1949

Mon cher Confrère et ami,

J'accuse réception de votre lettre du 20 août, ainsi que du rapport préliminaire que vous avez adressé aux membres de la treizième Commission de l'Institut.

D'accord avec vous, je crois que la première question qui se pose, c'est la délimitation du sujet spécifique de notre tâche, et j'accepte volontiers les propositions préliminaires que vous suggérez dans votre projet. Elles me semblent très bien aptes à éclaircir la nature du travail futur de notre Commission.

Toutefois, j'avoue franchement que la portée du thème que le Bureau nous a confié me paraît excessivement obscure, et jusqu'à présent je suis tenté de douter de la valeur de notre travail dans une matière qui, à mon avis, est plus politique et sociale que juridique.

Veuillez agréer, mon cher Confrère et ami, l'assurance de mes sentiments tout dévoués.

J. L. Brierly

3. Réponse de M. Max Gutzwiller

22 février 1950

Mon éminent Confrère,

L'infatigable Secrétaire Général adjoint a.i. me transmet vos doléances, hélas, entièrement justifiées. Toutefois ayant déjà collaboré à trois de nos Commissions, j'osais espérer passer inaperçu, d'autant plus que l'objet de votre thème m'avait paru particulièrement délicat.

Dans les lignes qui vont suivre, je me hâte de répondre enfin aux questions posées.

1. *Limitation du sujet* : entièrement d'accord avec la formule proposée par M. Charles De Visscher.

2. Examen au point de vue des *conflits de lois civiles* : d'accord avec la majorité de votre Commission.

3. Doit-on inclure les conflits de lois en matière de *protection sociale* ? Ici je me rallierais *a prima vista* à ceux de mes Confrères qui votent contre leur insertion.

4. Pays d'émigration et pays d'immigration : avec M. Niboyet le point de départ me paraît être le problème existant dans les pays d'*immigration.* Mais puisqu'il existe

une connexité naturelle entre les deux liens, une de nos tâches consisterait précisément à faire œuvre de justice commutative (« L'accent du pays où l'on est né demeure dans l'esprit et dans le cœur, comme dans le langage » : La Rochefoucauld, maxime 243).

5. But de notre étude : ici je crains d'ajouter aux « nuances » déjà existantes une nouvelle. En principe je voterais pour les *simples constatations.* Mais ces constatations, ainsi que je les conçois, comporteraient nécessairement des « énoncés » ayant la valeur d'un théorème (ainsi les faits constatés par MM. Henri et Jacques Donnedieu de Vabres dans l'« Evolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois » 1905-1938 ont le mérite de montrer les tendances *qui se succèdent* : « La personnalité du Droit 1900-1918 » ; « Extension de la loi locale aux dépens de la loi personnelle et de la loi réelle, 1918-1937 »). Quel est, en notre matière, le *status causae et controversiae* dans le monde actuel ? Il me paraît intéressant, tout d'abord, de réunir autoritativement, sous forme de « Restatement », les éléments essentiels, le développement historique, les différentes faces du problème. Dans ce sens des « conclusions » (ou même des « propositions » se prononçant plutôt en faveur d'un « système » que d'un autre) me paraissent tout à fait possibles. Je me déclare entièrement d'accord avec les « propositions préliminaires » de M. le rapporteur, en tout cas avec son chiffre 4 qui préconise le dégagement des conséquences de nos constatations.

6. Enfin (pour sortir du cadre purement méthodique) je m'imagine que notre Commission examinera la « structure » juridique de certains *faits sociologiques* (par exemple la situation des Italiens domiciliés en Argentine), de certaines *conceptions* variées de la « nationalité » qui engendrent des effets juridiques très différents, de certains points de départ ou « théories » qui forment la base de telle législation nationale (comme la

conception de P.S. Mancini inhérente aux dispositions préliminaires du Code civil italien : de la nationalité comme « vincolo *naturale* di sudditanza *giuridica* » et de la résidence comme « vincolo *attuale* di sudditanza *politica* »). Peut-être qu'on se souviendra même de la formule du « ius laboris » proposée en vue de concilier le « ius sanguinis » et le « ius soli » par le jurisconsulte argentin M. Juan Carlos Garay (Doctrina de Garay).

Je m'excuse de la brièveté de mes observations et vous présente, cher et éminent Confrère, l'expression de mes sentiments respectueux et dévoués.

Max Gutzwiller

4. Réponse de M. Helge Klaestad

16 septembre 1949

Mon cher Collègue,

... Le problème dont il s'agit — « l'influence des conditions démographiques sur le règlement des conflits de lois » — paraît être d'une nature si inaccoutumée que je ne pourrais pas utilement donner mon avis sans une étude préalable, et je ne sais pas aujourd'hui si j'aurai le temps nécessaire avant la date indiquée. Je ne peux, toutefois, pas cacher que, pour le moment, il me semble douteux si ce problème présente un intérêt scientifique suffisant pour mériter l'attention de l'Institut.

Veuillez agréer, mon cher Collègue, l'assurance de ma haute considération.

Helge Klaestad

5. Réponse de M. A. de La Pradelle

31 mars 1950

Cher Confrère et ami,

M'excusant de ce que mon état de santé ne m'ait pas permis jusqu'à présent de participer aux travaux de la Commission qui a l'honneur de votre présidence, je viens un peu tard vous donner mon sentiment sur le beau problème que l'Institut vous a confié. Sa nouveauté, son originalité, sa profondeur, sa puissance d'intérêt sont manifestes. Il vient à notre ordre du jour sous le signe de cet esprit qui, en 1947, a marqué la reprise de nos travaux avec toute l'ardeur d'une foi grandissante dans l'avenir de notre science et la mission de notre Académie. Jusqu'alors elle envisageait les problèmes, dont elle abordait l'étude, sous forme de projets de résolutions susceptibles de se convertir, sous l'action gouvernementale, en textes de lois ou de traités. L'initiative présidentielle de notre Confrère Charles De Visscher nous demande, à Lausanne, d'arrêter notre pensée sur les fondements mêmes du droit des gens dans la reconnaissance et le respect des droits inhérents à la personne humaine, et, sur cette base, trace une large déclaration de caractère moral et philosophique. Dans le même esprit, à la même date, l'Institut inscrit au programme de sa quatrième Commission, devenue plus tard la treizième, *L'influence des conditions démographiques sur le règlement des conflits de lois*. Sujet qui ne rentre pas, dites-vous à juste titre, dans le cadre traditionnel des institutions et questions classiques de tout système de droit international privé ; sujet qui ne rentre pas davantage, ajouterai-je, dans les précédents genres de débats de notre Compagnie. Nous avançons ici,

pour la première fois, dans le grand champ des larges investigations scientifiques. C'est tout le droit international privé, pris au cœur même de ses règles, qui s'ouvre à nous dans ses replis les plus intimes, au point de rencontre du fait et du rationnel, du politique et du juridique.

Avec une sage prudence la Commission a commencé par délimiter le sujet promptement réduit au conflit des lois civiles et, les bornes marquées, vous nous invitez maintenant à creuser les sillons, au nombre de cinq, dont je me bornerai, pour ma part, à retenir les quatre premiers :

1. — L'influence des conditions démographiques à considérer est celle qui touche les conflits de lois civiles.
2. — Une constatation des faits s'impose tout d'abord pour fixer la nature, l'étendue et les conséquences de l'influence exercée dans ce domaine par les conditions démographiques.
3. — On doit étudier le problème de fait et la conception diverse, personnaliste ou territorialiste, que les facteurs démographiques suscitent dans les pays d'émigration et dans ceux d'immigration.
4. — Il faut dégager, aussi objectivement que possible, les conséquences de cette constatation des faits sur les intérêts humains et privés.

Impossible, à mon sens, de mieux préciser la méthode. Elle nous invite à des observations et sur elles, ensuite, comme l'annonce votre paragraphe 5 et dernier, à des réflexions.

Ce sont ces observations et ces réflexions que je voudrais ici tenter de faire, tout au moins dans une certaine mesure, et sans prétendre, par elles, épuiser une si grande question.

Observations

I. — Qu'il me soit permis, en commençant, d'exprimer un regret. Notre problème étant celui du rapport de la densité démographique au règlement du conflit des lois civiles, il ne saurait être question de faire entrer dans notre champ d'études la dépendance démographique des lois internes relatives à l'allégeance politique, lois dont les divergences sont grandes, fortement marquées, et la solution de leurs conflits d'autant plus désirable qu'en dehors de leur incidence, par le critère de la nationalité, sur le conflit des lois civiles, d'importantes conséquences générales y sont attachées, qui réagissent sur la condition des personnes au double point de vue public et privé. Mais, tout en prenant le départ de nos travaux au delà des conflits de nationalité, il n'est pas, me semble-t-il, possible à notre Commission de négliger, dans la nationalité des personnes et, tout particulièrement, dans la nationalité d'origine, le premier et le plus net effet de la pression démographique sur la condition internationale de l'individu. D'où cette première remarque : la pression démographique du territoire se fait sentir sur la loi interne de la nationalité d'origine (*jus sanguinis*, quand elle est forte, ou *jus soli*, quand elle est faible).

II. — En ce qui concerne l'état des personnes, le facteur démographique peut a priori causer une variante entre la détermination du statut par le domicile, quand il est faible, ou par la nationalité, quand il est fort.

III. — Mais, immédiatement une première approche du sujet semble, ici, déconcertante. La Grande-Bretagne, pays d'émigration, les Etats-Unis, pays d'immigration, ayant tous deux le *jus soli*, ont, tous deux, pour déterminer l'état des personnes, recours au domicile, tandis que l'Allemagne, pays d'émigration,

au *jus sanguinis* fortement racé, sans option pour le *jus soli*, prend, pour le statut personnel, le domicile, jusqu'en 1871, selon les vues de Savigny et, après la formation d'un Empire allemand, la nationalité.

Autre constatation : les pays de l'Amérique latine sont dans une même condition démographique, ils ont de vastes espaces à peupler et celui qui peut être le plus large domaine où semer la plante humaine est le Brésil. Or ces Etats se divisent : les uns, comme l'Argentine, l'Uruguay, suivent le principe du domicile ; d'autres, comme le Brésil, préfèrent la nationalité.

A ces toutes premières et superficielles remarques, on serait tenté de dire qu'en ce qui concerne le statut personnel le facteur démographique est totalement indifférent.

Mais il faut se garder d'une conclusion trop hâtive et pénétrer plus avant.

IV. — Un point est certain, par l'effet de la plus simple logique : l'Etat d'immigration, qui se refuse au *jus sanguinis* étranger, ne saurait sans inconséquence s'ouvrir au rattachement de l'état des personnes à la nationalité. Pour se former, il doit couper les liens de l'immigrant avec son pays d'origine. Avant même que l'étranger ait eu un enfant et, par celui-ci, ait pu fonder une famille sur le territoire, il importe que l'Etat d'immigration l'amène, pour les actes et particulièrement les actes essentiels de sa vie quotidienne, à se détacher du pays de ses pères. Suivre leur loi, c'est maintenir leur influence, entraver, par la multiplicité des régimes, l'unité de l'Etat. Alors qu'une première conférence à Lima (1878) se prononce en faveur de la nationalité, sous une influence doctrinale, celle de Teixeira de Freitas, la Conférence de Montevideo de 1889 rejette la loi de la nationalité, défendue par le Chili et le Brésil, et se montre même, sur certains points, favorable à la territorialité pure. Dans le Code de droit international privé américain adopté

à La Havane en 1928, c'est au domicile qu'est confié le règlement des conflits de lois relatifs à la possibilité, aux causes et aux effets du divorce (Art. 52), à la situation des créances (Art. 107), au régime matrimonial (Art. 787) et même au delà jusqu'en matière de commerce (Art. 234, 247, 255, 329), avec une réserve par le Brésil sur l'article 52, tandis que plusieurs puissances faisaient des réserves en vue « de ne pas modifier le système de la loi du domicile » consacré par leurs législations civiles respectives. Les délégations de Colombie et de Costa-Rica, tout en acceptant la transaction qui permettait à chacun des adhérents de conserver son système propre (Art. 7) pour régir l'état et la capacité des personnes dans le droit international privé, affirmaient « que cette transaction doit être transitoire, parce que l'unité juridique du Continent doit se réaliser autour de la loi du domicile, qui seule sauvegarde efficacement la souveraineté et l'indépendance des peuples de l'Amérique ».

Si, d'autre part, le Brésil prend à cet égard une autre position, c'est que, d'une part, d'autres influences s'y sont fait jour, peut-être purement doctrinales avec Teixeira de Freitas, et, pour maintenir cette position, toute sentimentale, la conviction que la défense de l'indépendance, menacée par l'invasion des législations européennes risquant de faire dégénérer les pays du Nouveau Monde en simples pays de capitulations, serait mieux assurée sur le terrain de la législation relative à la nationalité, le Brésil ayant, dans sa Constitution de 1891, déclaré Brésiliens tous les étrangers domiciliés sur son territoire le jour de la proclamation de la République (15 novembre 1889).

V. — L'Etat d'émigration, à la différence de l'Etat d'immigration, est naturellement conduit, en matière d'état, à la loi nationale. Il va directement pour l'allégeance politique au *jus sanguinis* et, pour le règlement des conflits des lois civiles, au critère de la nationalité. Mais, tandis que l'Etat d'immi-

gration est conduit nécessairement au domicile, l'Etat d'émigration est, sans le moindre inconvénient politique, libre de choisir entre le domicile et la nationalité : ainsi l'Angleterre peut rejoindre les Etats-Unis dans la détermination de l'état des personnes par le domicile et l'Allemagne peut, de même, passer sous l'influence de la Triplice, avec Bismarck, du critère du domicile (Savigny) au critère de la nationalité (Mancini).

VI. — Autre constatation. Un pays d'immigration a tendance, quand il est défriché par une race jeune et forte, aventureuse et saine, à faire reculer, en matière d'état et de capacité des personnes, non seulement la nationalité derrière le domicile, mais le domicile et, avec lui, le statut personnel tout entier, derrière le statut territorial : ici fonctionne ce que je serais tenté d'appeler le dynamisme de la puissance démographique. Avec cette constatation commencent à s'introduire dans notre problème des éléments plus concrets, plus précis, mais plus profonds. Les facteurs démographiques ne sont pas seulement des nombres, ce sont des nombres vivants. Ils n'ont pas seulement le poids de leur chiffre, mais l'énergie de leur activité, la puissance de leur idéal, le sentiment de leur contraste avec les vieux pays dont, désertant les rives, ils abandonnent les timidités et lenteurs de vie : ce qu'illustre de saisissante manière une page américaine de Francis Wharton dont la traduction mériterait de venir dans tous les traités de droit international privé, comme dans les traités de droit international public, la célèbre page de Suarez sur la mutuelle entr'aide des nations : Francis Wharton, *A treatise on the conflict of laws or private international law*, vol. I, pp. 35-36 : « Il n'y a aucun de nos Etats dont les lois propres sur la capacité personnelle ne puissent être considérées comme faisant partie de *l'ordre public* sinon de la « bonne morale ». La plupart de nos Etats possèdent un territoire si vaste et des ressources si variées et si grandes

que l'augmentation des familles leur est un grand bénéfice, au lieu d'être un péril comme c'est le cas dans beaucoup de pays européens dont la crainte est d'être surpeuplés. C'est chez nous une tradition bien établie, ainsi qu'un principe soutenu par une profonde induction, qu'en général les mariages contractés de bonne heure ont les meilleurs effets sur les mœurs privées aussi bien que sur la prospérité publique ; qu'aucun homme ne travaille aussi bien, ni n'emploie aussi efficacement et plus sagement la vigueur de sa jeunesse que celui qui, dès ses débuts dans la vie, doit assurer l'existence d'une femme et d'enfants ; que les enfants recevront de meilleurs soins et seront plus avancés lorsqu'ils peuvent recevoir jusqu'à leur maturité l'attention des parents ; que les femmes sont dans leur propre élément lorsqu'elles agissent comme épouses et comme mères ; que l'esprit téméraire d'aventure de la jeunesse, qui est la terreur des vieux pays, est une des principales puissances vivifiantes des nouveaux ; que les jeunes gens qui, par leur énergie impatiente, deviennent des agents de destruction en Europe, deviennent ici nos pionniers du Far-West les plus *efficients* et les plus rangés. Cela fait peut-être partie de *l'ordre public* et des bonnes mœurs publiques, dans le vieux monde, d'entraver les jeunes gens par une extension prolongée de leur minorité et de restreindre le mariage par l'exigence du consentement des parents et des tuteurs, ainsi que la sanction de fonctionnaires de l'Etat. L'imposition de telles limites, cependant, ne fait partie ni de notre ordre public, ni de nos mœurs publiques ; et même après l'expérience des nouveaux codes européens, on ne pourrait s'attendre à ce que nous soutenions que, lorsqu'un jeune Italien ou Belge de vingt et un ans se marie dans le New-York ou en Nevada sans le consentement de ses parents ou de ses tuteurs, ou sans celui de son souverain, son mariage n'est pas valable. Le même raisonnement s'applique aux restrictions apportées à

la capacité d'affaires. Il est conforme à notre *ordre public* comme à nos mœurs publiques que les jeunes gens de vingt et un ans doivent être capables de conclure des contrats qui les lieront à d'autres personnes et qui lieront d'autres personnes à eux-mêmes. Si notre droit d'appliquer nos propres lois de capacité d'affaires aux étrangers qui visitent nos côtes est reconnu par les juristes de la nouvelle école comme faisant partie de notre *ordre public*, alors il n'y a aucun antagonisme entre eux et nous. Mais s'ils rejettent ce point de vue et s'ils maintiennent qu'un Belge ou un Italien de vingt et un ans faisant des affaires sur notre territoire doit être considéré par nous comme mineur parce qu'il est mineur dans son propre pays, ou qu'un Belge ou un Italien épousant une Américaine, dans l'un de nos Etats, doit être considéré par nous comme incapable de se marier parce que ses parents ou son souverain n'ont pas consenti au mariage, alors l'antagonisme entre les deux juridictions est radical. »

VII. — Il n'y a pas seulement à considérer l'influence démographique dans toute la spontanéité de son action, chez les Etats jeunes, en voie de formation, mais chez les Etats vieux, en perte de sève et voie d'affaiblissement.

Arrêtons-nous à cet égard sur la France.

Elle a pris l'initiative, au lendemain de la Révolution, du passage en matière d'état et de capacité du domicile à la nationalité. A ce moment l'indice démographique est, chez elle, très fort ; mais au cours du XIX^me^ siècle il tend à diminuer d'une manière constante, qu'enregistre avec une sensibilité continue le changement des lois sur la nationalité donnant au *jus soli* par rapport au *jus sanguinis* une influence progressive, marquée par une succession de lois (1851 - 1874 - 1889 - 1927). Parallèlement la doctrine et la jurisprudence font de place en place, par leurs écrits et leurs arrêts, des brèches de plus en

plus étendues dans la grande règle du statut personnel déterminé par la nationalité. Aux environs de 1880, l'appauvrissement est constant, le niveau démographique jadis élevé, puis normal, commence à baisser d'une manière inquiétante : effet des guerres ; diminution, dans la prospérité, de la moralité générale ; influence déprimante des lois successorales qui, pour maintenir l'intégrité du domaine, incitent à la restriction des enfants : usure aussi du sang d'une vieille race qui demande à d'autres plus jeunes, moins affinées peut-être et plus frustes, mais par là même plus fortes, de leur donner leur adjuvant : toutes ces raisons agissent pour appeler les étrangers, s'ils sont présents en France, à la nationalité française. Suivant la remarque de l'économiste Leroy-Beaulieu : « Si nous ne voulons plus faire des Français, prenons des étrangers, ce sont des enfants tout faits et qui ne nous coûteront rien. »

Mais il ne suffit pas de prendre, par le *jus soli*, ceux qui sont depuis des générations en France. Il faut appeler sur le sol de France ceux qui se trouvent hors des frontières. Avec la fin du XIX^me^ siècle le nombre en augmente sans cesse. L'effet libératoire des nationalités peu à peu émancipées, surtout après la première guerre mondiale, amène sur le sol métropolitain de la France des masses d'étrangers de plus en plus grandes. Au recensement de 1926, ils dépassent 4 millions, soit 10 pour cent de la population totale. Ces étrangers viennent pour la plupart d'Espagne, de Pologne, d'Italie, ils arrivent jeunes, presque toujours non mariés. Et dès qu'ils pénètrent sur le territoire, les nécessités du relèvement démographique interviennent pour les détacher le plus promptement possible de leurs pays d'origine. Vers le même moment l'émancipation féminine conduit à l'individualisation de la nationalité. Dès lors qu'un étranger venu s'établir en France s'y fixe en épousant une femme française, l'enfant né sur le sol de France sera Français et des facilités données pour amener le père à la nationalité

de la mère. Mais avant même que le père devienne Français, il importe qu'il cesse de se sentir soumis par le statut personnel à la loi de son pays d'origine. Tandis que certains Etats, comme l'Italie en France ou l'Allemagne aux Etats-Unis, cherchent à maintenir leurs ressortissants groupés dans une dépendance étroite sous l'autorité de leurs consuls, la France au contraire cherche à les fixer sur son territoire en rompant dans leur vie quotidienne tout contact avec la loi étrangère qui mène directement, par exemple en matière de mariage, de tutelle, à des compétences étrangères. C'est la défense de l'indépendance territoriale qui l'exige. Alors les auteurs s'attachent à considérer à nouveau la règle ancienne. La doctrine en demande la révision en ce qui concerne, non sans doute la compétence de la loi française à l'égard de Français à l'étranger (Code civil art. 3, § 3), mais pour les étrangers établis en France. Ce n'est d'abord qu'une tendance doctrinale, manifestée par des rapports à la Société d'Etudes législatives (1928), au Comité français de droit international privé (février-mars 1934). Mais c'est en même temps une tendance jurisprudentielle. Dans de multiples arrêts on sent qu'elle manifeste sa réaction dans le sens de la territorialité contre la personnalité, puis dans celui du domicile contre la nationalité. Elle applique le droit de l'immeuble à des questions de capacité, notamment en matière de donation et de testament. Un arrêt de la Cour de cassation décide qu'il faut s'adresser à la loi française quand il s'agit de la capacité successorale d'un enfant adoptif sur un immeuble français, dressant ici contre le principe de la personnalité celui de la territorialité. De même il est jugé que le contrat passé par un mineur étranger en France sera régi par la loi du lieu du contrat. Enfin la jurisprudence s'adresse au renvoi sur lequel en dépit des contradictions et même des sarcasmes des arrêtistes et des auteurs, la jurisprudence prend une position très ferme, avec le sentiment que ramenant par là sur le sol de France, devant

le juge français, le statut de l'étranger, elle rentre, par la coordination des systèmes de conflit, français et étranger, dans la vérité pratique, qui est celle de l'application de la loi d'immigration en défense contre la politique envahissante du pays d'émigration. Ainsi se silhouette un procédé qui, dû tout d'abord à l'initiative fiscale (Affaire Forgo 1878), se consolide dans l'affaire Soulier (1910) avec un réalisme pratique, qui ne dit pas un mot des nécessités d'une politique d'immigration mais en laisse implicitement entendre la défensive en déclarant « qu'il n'y a qu'avantage à ce que la loi française régisse d'après ses propres vues des intérêts qui naissent sur son territoire. »

Je voudrais m'arrêter un peu sur cette doctrine et cette jurisprudence.

Pendant qu'en France la population fléchissait et qu'en conséquence le pays demandait à l'immigration ce que la natalité ne lui donnait plus, les auteurs changeaient de système sur un certain nombre de points où le statut personnel et plus particulièrement national, accepté par eux jadis avec de pressants arguments, faisait désormais place au statut territorial. En matière de succession la jurisprudence s'efforçait avant 1914 d'intégrer le droit successoral au statut personnel. Elle change d'orientation. Jacques Donnedieu de Vabres : *Evolution de la jurisprudence française*, p. 658, en constate les motifs : « L'intérêt de la famille n'est plus en matière successorale le seul intérêt dominant, il y a en outre celui de la société dans son ensemble qui veut qu'une famille, domiciliée dans un pays, se plie aux mœurs, aux coutumes et aux lois du pays ; *intérêt particulièrement vif en France où les familles étrangères viennent se fixer toujours plus nombreuses* et où la nécessité d'une assimilation se fait impérieuse ; aussi n'y a-t-il pas de domaine où la reconnaissance du territorialisme s'étende avec plus de force et d'ampleur que celui du droit successoral. »

Après s'être montré il y a moins de vingt ans, à l'exemple de son Maître Pillet, un ardent défenseur de la personnalité du droit successoral et de la compétence de la loi nationale du défunt, M. Niboyet écrit : « La situation actuelle de la France commande des réflexions nouvelles. En raison du grand nombre d'étrangers y vivant, la compétence de la loi nationale du défunt conduirait trop souvent à appliquer des lois étrangères à des familles à peu près complètement déracinées du pays d'origine et ayant acquis tous les biens qu'elles possèdent durant leur séjour en France, puisqu'elles y arrivent par voie d'immigration et le plus souvent sans ressources. » En conséquence, il conclut que « la compétence de la loi nationale ne se justifie que pour des étrangers dont le domicile est récent ou *pour des pays dans lesquels l'immigration ne se produit guère* ». Au tome IV — La Territorialité — de son *Traité de droit international privé français*, Sirey 1947, n° 1318, p. 745, il n'hésite pas à placer le droit successoral dans le compartiment des lois territoriales et cela de façon très stricte. La plupart des juristes français, et notamment Pillet (Principes, n^{os} 175 et suivants, p. 359 et s.), considèrent que le but social des lois successorales est d'assurer la protection individuelle de sorte qu'elles doivent être extra-territoriales et régies par la loi nationale du défunt, solution déjà donnée pour la loi du domicile (pour lui statut personnel) par Savigny, tome VIII, puisqu'elle constitue une extension de la présence et de la volonté de l'homme au delà du terme de la vie, soit que la volonté agisse expressément par le testament ou tacitement par la dévolution *ab-intestat*. Pour donner cette nouvelle solution, l'ancien disciple de Pillet, devenu disciple de Vareilles-Sommières, (tome II n° 322-323) n'hésite pas à invoquer les nécessités d'un Etat d'immigration. « Les lois successorales tendent à assurer l'ordre français. Or l'ordre français, ce n'est pas celui des familles françaises dispersées dans le monde et en nombre d'ailleurs peu élevé, tandis

qu'on se désintéresserait des familles même étrangères qui sont en France. Etant donné que les lois successorales ont une base politique, économique et sociale, il semble évident qu'elles mettent en cause l'armature même du pays, et cela *surtout lorsqu'il s'agit d'un pays d'immigration comme la France.* » Et il insiste (p. 749) sur les raisons tirées de la condition démographique de la France. « La compétence de la loi de la situation contribue à l'unité du droit pour les biens situés en France, éventuellement plus que désirable, puisqu'il aurait été inutile de réaliser cette unité par l'abrogation des lois anciennes si au profit des législations étrangères la disparité se reconstituait sans cesse » (Vareilles-Sommières, tome II, 1161). « Cela est vrai spécialement d'un pays comme la France qui reçoit de plus en plus d'étrangers et d'étrangers souvent groupés dans certains centres, de sorte qu'avec la compétence de la loi étrangère on aboutirait inévitablement à une fréquence d'application de ces dispositions nocives. En effet, qu'un immigrant vienne à décéder avant d'avoir obtenu notre nationalité, mais après avoir acquis chez nous des biens, c'est la loi du pays d'origine qu'on devrait appliquer, pays peut-être lointain, quitté depuis longtemps, et où il se peut qu'aucun bien du défunt ne soit situé; ce serait vraiment une gageure pour un pays d'immigration de s'oublier à ce point. Cette raison est d'autant plus péremptoire qu'aucune réciprocité ne pourrait contrebalancer cette compétence étrangère en raison du petit nombre de Français à l'étranger. »

Le Comité français de droit international privé avait, sans succès d'ailleurs, saisi les Pouvoirs Publics d'un projet aux termes duquel les successions sont soumises à la loi française lorsqu'elles concernent 1° soit des meubles situés en France ; 2° soit des fonds de commerce et d'une façon générale des éléments de propriété intellectuels situés en France, soit d'autres biens mobiliers en général

appartenant à des individus domiciliés en France lors de leur décès.

Toujours en vertu de cette même idée, pour revenir de la loi étrangère à la loi française, M. Niboyet qui jadis rejetait avec son maître Pillet la théorie du renvoi a, sous l'influence du facteur démographique, changé d'opinion. Jadis il disait : « Confondre la loi étrangère de fond et le droit international privé étranger, comme le suppose le renvoi, nous paraît une bévue juridique, les tribunaux ont beau se défendre en liant ces deux portions du droit et en affirmant qu'on ne peut les dissocier ». Cependant, comme il a été noté (De Vos — *Le problème des conflits de lois*, II, p. 835), l'auteur qui fut jadis un ardent défenseur du système de la nationalité tel qu'il résulte de l'article 3 du Code civil, est devenu « dans l'état démographique actuel de la France un ferme partisan de la loi du domicile pour l'état et la capacité, et il déclare ne pas se plaindre de l'envahissement de la territorialité du droit résultant de l'application du système du renvoi ».

Autre constatation : l'immigration se fait dans des conditions telles que tout le droit de la filiation naturelle s'en trouve bouleversé ; d'après leur nature et leur but ces règles expriment dans une mesure plus ou moins étendue la protection de la famille. Il en résulte qu'en cas de désaccord entre la loi de l'enfant et celle de l'auteur, c'est la loi de celui-ci qui normalement devrait être suivie car elle n'est pas tant dans son intérêt que dans l'intérêt de la famille légitime en face de l'enfant naturel.

En France, en Italie, en Espagne, aux Pays-Bas, en Suisse, l'enfant naturel entre dans la famille de ses auteurs, il y acquiert des droits plus ou moins étendus mais toujours inférieurs à ceux d'un enfant légitime, non seulement par rapport à sa mère, mais encore vis-à-vis de l'homme au regard duquel sa filiation a été régulièrement établie. L'enfant naturel a droit au nom patronymique et à une part successorale, il peut se

prévaloir, comme l'enfant légitime, de l'obligation alimentaire. La déclaration de sa filiation constitue par le fait même une cause de désagrégation de la famille légitime. Sans aucune distinction suivant le mode d'établissement, volontaire ou forcé, de la filiation, l'enfant qui a acquis *jure soli* la nationalité de l'Etat où il est né peut avoir ainsi une nationalité différente de celle de son père ou de sa mère. Quelle sera la loi compétente pour régir à cet effet la reconnaissance soit volontaire, soit judiciaire, celle de l'auteur ou celle de l'enfant ? Ici intervient, en pays d'immigration, le facteur démographique.

La Cour de cassation de France, approuvée par une notable partie de la doctrine, fait prévaloir la loi française de l'enfant sur la loi étrangère du père. La raison de cette prévalence est qu'un grand nombre de jeunes Françaises ont des rapports hors mariage avec des étrangers travaillant en France, pays devenu de grande immigration; il faut donc (Caleb sous Cas. 1er avril 1930, *Revue de Droit international privé*, Darras-La Pradelle, 1930, 294) permettre aux filles-mères qui ont reconnu leurs enfants d'invoquer l'article 340 relatif à la recherche de la paternité contre les séducteurs étrangers, espagnols, italiens, roumains, qui se croient à l'abri de leurs lois nationales organisant la recherche de la paternité dans un sens beaucoup moins libéral que la loi française. D'autre part il faut considérer que le fait migratoire, surtout lorsqu'il se produit dans le cadre européen, ébranle la stabilité de la famille légitime. Le père se sépare de la mère, des enfants, pour chercher du travail de l'autre côté de la frontière, ce qui développe la tendance individualiste dont on trouve des traces, en matière de divorce, jusque dans l'arrêt Ferrari et, d'une façon générale, dans l'ensemble de la jurisprudence : la famille n'est plus, comme l'a démontré J. Donnedieu de Vabres : *L'Evolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*, pp. 356, 361, 384, 424 et 425, qu'un groupe de personnes qui

ont chacune des intérêts distincts et doivent être protégées en elles-mêmes individuellement, d'où l'affaiblissement du lien familial. Mais si ces circonstances dues au fait migratoire ont contribué à faire prévaloir dans la jurisprudence française la compétence de la loi nationale de l'enfant, ces caractéristiques ne sont pas celles de l'Etat social belge, dans lequel la famille légitime, cette assise de tout ordre social (Sirey, 1925, I - 307), est toujours considérée comme une réalité distincte de celle des individus qui la composent et dans l'intérêt desquels elle remplit une véritable fonction sociale. Et un plus récent auteur sur le droit international privé belge, le Président Léopold De Vos, Professeur de l'Université libre de Bruxelles, marque la différence du règlement du conflit des lois ici même, suivant que le facteur démographique fonctionne dans la densité ou l'appauvrissement : « La Belgique, dit-il, p. 197, n'est pas devenue un pays de grande immigration comme la France. Il suit de là que les règles de droit international privé belge, spécialement celles qui ont pour but social d'organiser la famille, se trouvent hors de l'atteinte des facteurs d'ordre démographique et social qui, en France, apparaissent de nature à affaiblir cette institution juridique.»

Je me permettrai d'ajouter que ce n'est pas seulement une institution juridique, mais une institution sociale de nature à contribuer à maintenir le niveau de la moralité générale.

Ces quelques constatations suffisent à montrer la richesse d'un point de vue qui va nous permettre de pénétrer ce que je serais tenté d'appeler la psychologie du droit international privé.

Réflexions

On peut se demander ce qu'il faut penser de cette influence indéniable de la démographie sur le règlement des conflits de lois, notamment dans la jurisprudence et la doctrine, les

amenant à des revirements auxquels ne participe pas toujours le législateur.

1° — A la différence de l'effet du facteur démographique sur le droit interne de la nationalité, constatons que l'action du même facteur sur le règlement des conflits de lois prend très rarement une forme législative, ce qui produit un résultat technique particulièrement ajusté ; savoir que, dû à la doctrine et à la jurisprudence qui sont plus souples et plus aisément réversibles, l'effet peut plus facilement s'adapter au caractère momentané de la cause. Les phénomènes migratoires peuvent se produire d'une manière plus ou moins forte suivant les époques ; il y a de la part du juge, en présence du revirement doctrinal, d'autant plus de tendance à le suivre, quand les circonstances l'exigent, qu'il pourra revenir en arrière quand les mêmes circonstances se seront évanouies. Car l'immigration est le résultat d'un déséquilibre de population et le déséquilibre ne peut se maintenir toujours.

2° — Quand la règle du conflit est due à une circonstance démographique, elle ne présente aucun caractère d'exemple ni aucune puissance de rayonnement. Car aucun effort d'imitation ne se présente si ce n'est dans les Etats qui se trouvent exactement dans les mêmes circonstances de population, ce qui explique que certaines doctrines ou jurisprudences qui se forment en France se refusent en Belgique : d'où une différence marquée entre deux jurisprudences et deux doctrines à mêmes mentalités et systèmes juridiques.

3° — Ce qui retire toute force imitative et dès lors toute expansion aux règles de conflit issues du facteur toujours instable de la démographie c'est que les mêmes règles qu'exige l'intérêt démographique pour les étrangers dans la nation sont, en vertu du même intérêt, doublées de règles opposées pour les nationaux à l'étranger. A cet égard une grande diver-

gence existe entre la manière dont la doctrine et la jurisprudence françaises imposent la territorialité de la loi à l'étranger et maintiennent la personnalité de la loi pour le national. Il n'y a pas d'unité de règle, mais disparité de régime, en carence de réciprocité, ce qui montre bien qu'il s'agit d'un droit fait sur mesure, sans aucune égalité de coupe. Aux Etats-Unis, l'Américain à l'étranger est soumis à la même territorialité que l'étranger aux Etats-Unis. Il en est différemment dans la doctrine et la jurisprudence françaises : pour le Français à l'étranger, le régime est autrement envisagé que pour l'étranger en France : ni concordance, ni réciprocité, d'où contradiction.

4° — Cette contradiction cache manifestement une injustice. Il est concevable qu'il y ait sous deux droits différents une autre règle interne pour deux hommes de nationalité différente. Il n'est pas explicable qu'il y ait sous une même loi souveraine une autre règle de droit international privé pour l'étranger que pour le national.

5° — Si cette différence existe, ce n'est pas dans l'intérêt de l'individu ni de la famille, mais dans l'intérêt de l'Etat. Or l'Etat ne doit avoir pour but que l'intérêt de l'individu, en vertu de ce principe qu'il n'est qu'une institution en vue d'une fin : le développement des aspirations de la personne humaine.

6° — Sans doute il y a à la base de cette contradiction l'intérêt de l'Etat à sa propre conservation. Car l'Etat ne s'appuie pas seulement sur le territoire, mais sur une population. Cette population est sa propre substance vivante. Lorsqu'elle diminue, il doit pouvoir en combler les vides ; le peut-il au détriment d'un autre Etat ? C'est une question de droit des gens, à laquelle il n'est pas permis d'échapper.

Si légitimement il le peut, il doit procéder d'une manière directe, c'est-à-dire en plaçant la personne sous son allégeance

politique, soit immédiate, soit prochaine, à l'exclusion de toute autre.

7° — L'Etat a-t-il le droit d'infliger à l'étranger un traitement qu'il n'infligerait pas à son national ? Assurément non.

8° — Il y a une autre remarque qu'il convient de faire, c'est que le facteur démographique n'agit jamais qu'à titre d'appoint. Il est rare qu'il se présente seul et, alors, on ne peut pas dire qu'il y aurait en lui un élément de solution du conflit des lois, car il n'est pour ainsi dire jamais seul, mais toujours accompagné d'un certain nombre de raisons parmi lesquelles il prend sa place.

9° — Ce qu'il convient surtout de remarquer, c'est que le rattachement du statut de l'individu à la loi nationale ne se comprend que lorsque la loi de l'Etat est vraiment une création de la Réalité Nationale. Or, de plus en plus, la sujétion étatique tend à n'être qu'un lien plus ou moins fictif d'allégeance politique, tout au moins à l'époque des formations d'Etats qui n'ont pas encore pris leur caractère national ou des transformations d'Etats qui, par suite des combinaisons politiques, nées des guerres, l'ont plus ou moins perdu.

10° — Tout le développement démographique de la législation à caractère territorial tend, il ne faut pas se le dissimuler, à ramener la nationalité à un rapport abstrait, interchangeable, de sujétion à une souveraineté déterminée, sans laisser rien apparaître des traits qui distinguent cette souveraineté, psychologiquement vivante, d'une autre, psychologiquement différente. Le système est unificateur sans doute, mais d'une unification desséchante. Il entraîne la désaffection des mœurs, des idées, des sentiments qui font une nation. Il tend à la disparition des valeurs spirituelles qui font dans la diversité du Monde l'émulation des peuples. Quand deux Italiens catholiques se

marient au Maroc français devant le seul prêtre, ils manifestent ce que leur sentiment désire, et quand la Cour de cassation française déclare leur mariage valable (Cass. Civ. 7 déc. 49 D.P. 50. I, 173), elle révèle, non sans hardiesse, sur un point avancé, celui de l'intégration de la forme au fond, que la territorialité ne peut, chez l'étranger, sans qu'il en souffre, étouffer la personnalité. Elle montre aussi que devant la territorialité la personnalité n'a pas encore abdiqué. C'est réconfortant. Car il ne faut pas le perdre de vue : le territoire, assiette de l'Etat, n'a pas d'âme. L'Etat, réduit au territoire, n'est plus qu'un cadre. La nation seule a une âme. De la territorialité naît la perte par une nation de son âme. Elle est par conséquent un échec au patriotisme et l'on ne peut pas admettre à cet égard, surtout du point de vue français, que se départir de la territorialité c'est, suivant le mot du marquis de Vareilles-Sommières et de J. P. Niboyet, un « Sedan juridique ». Le véritable Sedan juridique est ailleurs.

Telles sont les réflexions que m'inspire le grand sujet dont vous avez la charge et dans lequel, avec la méthode rigoureuse que vous avez en vue, ne pourra manquer de progresser, cher Président et ami, la Commission dont, sous votre direction, je suis heureux d'être membre. En pleine confiance avec votre programme, en plein accord avec votre méthode, je me déclare prêt à soutenir les considérations que vous présentez à notre Institut tout entier dans votre rapport préliminaire qui ne saurait manquer de devenir promptement un rapport définitif.

Veuillez agréer, cher Confrère, Président et ami, avec tous mes vœux les meilleurs, l'expression bien cordiale de mes plus dévoués sentiments.

A. de La Pradelle

6. Réponse de M. J. P. Niboyet

8 octobre 1949

Vous me demandez deux choses : d'abord mon avis sur votre rapport préliminaire, et ensuite des informations sur la position française.

I. — *Avis sur le rapport préliminaire*

Il y a deux façons de comprendre votre rapport préliminaire : soit comme destiné à l'Institut, soit comme ayant pour but de recueillir l'avis des membres de la Commission avant que vous ne rédigiez votre rapport définitif.

A. — S'il s'agit d'un rapport préliminaire destiné à l'Institut, je comprends très bien que, pour le moment, vous ne poursuiviez pas plus avant votre travail et que vous vouliez connaître l'opinion de l'Institut, ce qui constitue une position très défendable. Mais, dans ce cas, l'avis des membres de la Commission paraît trop tardif.

B. — Si, au contraire, vous devez passer maintenant au stade de l'élaboration du rapport définitif, je vous adresse, comme vous m'en sollicitez, les quelques réflexions suivantes :

Première proposition. Vous avez raison de vous limiter au conflit des lois civiles et c'est déjà un problème très vaste puisqu'il englobe des matières très importantes et pratiques, telles que le droit de la famille, parce que l'influence démographique s'y fait sentir fortement, le conflit des lois civiles en matière de successions, matière non moins capitale selon moi, enfin le domaine des actes juridiques, spécialement des contrats où l'influence territoriale doit être marquée de plus

en plus, enfin celui de la capacité. Il est vrai que déjà dans beaucoup de pays la loi ou la jurisprudence (en France avec la théorie de l'intérêt national, arrêt Lizardi) sont arrivées à donner satisfaction aux principaux besoins. Je me demande si ce domaine n'est pas pour commencer un peu vaste, et s'il n'y aurait pas lieu peut-être de se limiter à l'état des personnes en laissant de côté pour le moins les successions et la capacité. J'avoue que j'hésite à ce sujet.

Deuxième proposition. Vous proposez de faire d'abord un examen des faits. Mais qui devra y procéder ? N'est-ce pas la Commission elle-même bien plutôt que l'Institut qui ne pourrait certainement pas le faire ? Je ne puis donc considérer votre seconde proposition que comme une invitation aux membres de la Commission de vous documenter sur les faits, ce que je vais essayer de faire plus loin en ce qui concerne la France.

Troisième proposition. Il est bien certain que l'élément démographique influe sur la conception extraterritoriale ou territoriale du droit. L'Italie et l'Allemagne ont été extra-territorialistes parce qu'elles ont exporté beaucoup d'hommes et n'en ont importé que peu. Les Etats-Unis ont été territorialistes à raison du phénomène contraire et la France est en train d'affirmer à nouveau ce dernier principe. Ce rapport de la démographie et de la solution des conflits est d'une telle certitude historique qu'il ne paraît pas pouvoir faire l'objet d'une discussion, ni même d'un vote, car c'est une évidence.

Il ne faudrait cependant pas croire que le facteur démographique soit le seul qui intervienne, car il y en a d'autres, d'ordre social (lutte des classes), et aussi politique. La position de la Bretagne au XVI^e^ siècle, ou des Flandres au XVII^e^ siècle, celle de la Grande-Bretagne jusqu'à nos jours, celle des Etats-Unis, sont ou ont été dominées par des facteurs non démographiques mais qui n'en ont pas moins abouti au dogme de la

territorialité. Tout cela est excessivement complexe et la question ne se présente peut-être pas de la même façon pour les divers pays. Ainsi lorsque l'Italie de Mancini s'est lancée dans la personnalité du droit, elle a cherché avant tout à réaliser une opération politique liée à l'italianité (formation de l'unité italienne), qui, une fois entraînée dans son mouvement, conduisit de l'expansion nationale à l'expansion internationale. Mais cette dernière, pour servir puissamment les desseins de l'Italie, supposait à la base une forte émigration que permettait et rendait même nécessaire la démographie italienne. Le facteur démographique en Italie n'a peut-être pas été le fait immédiat mais simplement le fait médiat, c'est-à-dire le moyen que le hasard mettait à la disposition de la politique italienne.

On pourrait faire un raisonnement différent à propos de l'Allemagne agressive, celle de la Loi Delbrück de 1913, après le discours du baron de Richthofen, si du moins les procédés étaient différents. Ici le facteur politique expansionniste utilisait encore comme moyen de pénétration les possibilités démographiques, en vue de s'insinuer dans tous les interstices de la vie nationale des pays étrangers. Si l'on prend les pays d'immigration, tels que l'Amérique du Sud ou les Etats-Unis, leur nécessité démographique les a conduits à absorber rapidement et le plus possible dans leur nationalité les émigrants, parce que c'étaient des terres de peuplement. Il y avait là un point de vue avant tout politique. S'ils soumettaient les immigrants à la loi territoriale, c'est pour des raisons d'ordre essentiellement national puisqu'ils écartaient ceux qui s'opposaient à la naissance et aux institutions de la loi nationale.

En France, actuellement, on tend à devenir en partie territorialiste pour des raisons purement démographiques, parce qu'il s'agit de défendre le pays contre les apports hétérogènes trop multiples, et de protéger le droit national contre l'invasion

du droit étranger. Mais il y a aussi des raisons d'ordre pratique qui ne se confondent pas avec celles d'auto-défense.

La gravité du problème provient de ce que presque partout il met en jeu des intérêts politiques, et comme l'harmonie universelle ne règne pas encore on ne voit pas bien comment combiner, à l'Institut, les intérêts contraires. Si l'Institut en fait abstraction, ses travaux, une fois de plus purement académiques et irréels, ne serviront à rien. Si, au contraire, il essaie d'en tenir compte, on assistera à un déchaînement de passions du genre de celles qui se manifestèrent notamment à Oslo en 1932 et où les Italiens, perdant, semble-t-il, le contrôle d'eux-mêmes, se lancèrent dans des considérations qui ne pouvaient être que de l'ordre politique favorable à leur pays. Tout cela me rend donc très sceptique, dans l'état actuel du monde, et c'est pourquoi je n'entrevois guère de solution satisfaisante pour tous, parce que le respect du droit des uns implique un sacrifice pour les autres. Chacun invoque son droit, mais se préoccupe rarement de celui des autres.

Quatrième proposition. Ce qui précède me conduit à me montrer assez curieux des procédés que vous qualifiez d'*objectifs*, envisagés par vous pour tirer les conséquences des faits constatés sur les intérêts humains et privés. Il faudrait que les membres de l'Institut se débarrassent de leurs préjugés nationaux. Or, trop nombreux sont ceux qui exercent des fonctions plus ou moins officielles dans leur pays, aujourd'hui comme hier, et qui ne pourront pas se mettre en opposition avec eux-mêmes.

Je me demande, au surplus, s'il existe vraiment une solution *objective* du problème, alors que le facteur *politique* domine trop souvent le problème. Ce serait s'attacher à la quadrature du cercle, un peu comme si l'on recherchait une solution objective pour mettre d'accord aujourd'hui les nations du Pacte Atlantique et les autres.

Votre rapport n'étant que préliminaire, nous n'y trouvons à l'état d'indication aucune des solutions dites objectives qu'il faudrait adopter. Je crois cette tâche indispensable pour votre rapport définitif, sans quoi la solution au sein de l'Institut restera essentiellement vague. Il faut prendre parti sur la loi applicable à l'état des individus ainsi qu'à leurs successions. Si vous voulez écarter la loi nationale, vous vous heurterez à une levée de boucliers des Italiens, des Allemands et des Polonais. Si vous la consacrez, ce seront les autres qui réagiront. Vous savez bien que le conflit est insoluble et que seule une autorité internationale munie du pouvoir nécessaire pourrait procéder à une distribution des compétences. Or celle-ci n'existe pas et n'existera pas avant longtemps.

On pourrait proposer une formule transactionnelle que je vous suggère à toutes fins utiles : l'état des individus serait soumis à leur loi nationale si telle est la loi de leur pays d'origine, et les autres pays devraient observer cette solution. Néanmoins la solution suivante s'imposerait : l'Etat local pourrait toujours faire prévaloir sa propre loi à l'égard des individus domiciliés sur son territoire ou pour les actes faits sur ce territoire, et cette réglementation devrait être suivie et respectée par l'Etat national. Ainsi les principaux intérêts nés de la situation démographique pourraient être satisfaits. Mais croyez-vous sincèrement qu'on puisse faire accepter cela ? J'en doute.

II. *Informations sur la position française*

Ces informations porteront sur les trois points suivants :

A — Les faits.

B — La doctrine.

C — Les lois et la jurisprudence.

A — *Les faits*

Il est indéniable que la situation de fait de la France s'est complètement transformée depuis le début du XIX^e^ siècle. A cette époque, la population française était une des plus importantes de l'Europe, avec 27 millions d'habitants ; mais au cours du XIX^e^ siècle les autres populations des grands pays (Allemagne, Italie, Grande-Bretagne, etc.) ont considérablement augmenté.

Voici, d'ailleurs, le tableau de cette augmentation :

Grande-Bretagne	200 %	passée de	16	à 49.000.000	(en 1939)
Italie	175 %	»	17	à 47.000.000	
Allemagne	222 %	»	20	à 64.000.000	
France	51 %	»	27	à 41.000.000	

Il convient de noter que l'augmentation de la population française depuis 1804 se décompose à peu près ainsi, d'après les travaux des démographes :

Vieillissement de la population qui vit plus longtemps : 10.000.000 environ, ce qui ne constitue pas une véritable augmentation.

Apports étrangers dus à l'immigration : 5.000.000.

D'où résulte que sans ces deux facteurs la population serait inférieure à 27.000.000, ce qui montre la profondeur du problème démographique.

C'est surtout à la suite de la première grande guerre mondiale que cette situation s'est fait sentir en raison des pertes très lourdes occasionnées à la France, d'autant plus sensibles que la population française n'avait cessé de diminuer par rapport à celle des autres pays. La France a dû faire appel alors à la main-d'œuvre étrangère pour combler les vides et satisfaire aux besoins de l'économie nationale dans des conditions telles

qu'en 1927 elle était devenue le plus fort pays d'immigration du monde. Une enquête faite par le Bureau International du Travail vers 1930 montrait que la France possédait à elle seule 3 millions d'étrangers, soit 70% des étrangers répartis dans 17 pays d'Europe. En 1936 il y en avait en France 2.453.000, sur 41.905.000 habitants, soit 6% de la population française, chiffre très diminué par rapport à celui de 1930 en raison de la grande crise de chômage due au boom de Wall Street de 1929. Ces chiffres ont encore diminué en raison de la guerre de 1939, par suite du départ de nombreux étrangers, de la fermeture des frontières, de la stagnation de la vie nationale pendant de nombreuses années, mais l'immigration doit reprendre car elle est pour la France une nécessité vitale. D'après les calculs d'un grand spécialiste, Sauvy (Revue Population 1946, p. 91 et s.), la France aurait besoin de 2 millions de travailleurs immédiatement et sur le terrain démographique il lui faudrait environ 5.490.000 personnes, dont 4.350.000 adultes. Certes, depuis la fin de la guerre, on constate en France un fort mouvement de natalité. On ne voit plus de statistiques où la mortalité dépasse la natalité, mais on ne sait pas encore s'il s'agit d'un effet temporaire ou durable et, en tous cas, ce n'est pas avant une génération que ces enfants seront arrivés à l'âge d'hommes. L'immigration doit donc continuer jusqu'à nouvel ordre.

En fait le problème démographique se présente donc en France comme très important et dès lors il doit influer sur toute la législation française. C'est lui qui domine la matière de la nationalité, celle des droits des étrangers, et la solution des divers conflits de lois, autorités et juridictions. Pendant longtemps, et ce fut exact, la France, qui de tout temps reçut beaucoup d'étrangers, réussit à les absorber sans faire appel à des procédés trop territorialistes. Les faits ont changé et leur réaction doit se faire sentir parce que le nombre des étrangers

est devenu trop grand. On a pu citer certaines agglomérations où il y a jusqu'à 30 pour cent d'étrangers. Il n'est donc pas possible, dans ces conditions, de faire aux lois étrangères une place trop large qui serait un véritable suicide national. La démographie commande la solution du conflit.

B — *La doctrine*

A la fin du XIX^e^ siècle, toute l'école française, à l'exception de Vareilles Sommières, s'était laissée influencer par l'école italienne et se montrait favorable à la loi nationale des individus, dans un nombre de questions qui ne cessait de grandir. Cet état d'esprit se traduisit par la collaboration active à l'œuvre de La Haye d'hommes tels que Louis Renault ou Lainé, mais ils n'étaient pas les seuls et d'autres les suivaient également, tels que Pillet, Audinet, Surville, Despagnet, Weiss, Bartin, etc.

Aujourd'hui un renversement s'est produit, à peu près complet. Les anciens ont disparu et certains comme Bartin, décédé en 1948, ont pu de leur vivant constater le déclin de leurs idées favorables à la loi nationale. On peut affirmer que nul aujourd'hui ne soutient plus sérieusement la compétence de cette loi dans un domaine aussi vaste qu'autrefois. La guerre de 1914 a fait subir son influence très nette, qu'a encore accrue celle de la dernière guerre. On s'est aperçu que les grandes idées universalistes avaient surtout favorisé les desseins politiques et expansionnistes de pays tels que l'Allemagne ou l'Italie, et on s'est ressaisi. La fondation, en 1934, du Comité Français de Droit International Privé a été la manifestation de la volonté d'étudier entre Français, et sur le plan des intérêts nationaux, les problèmes de droit international privé de la France, tandis que dans les congrès internationaux les points de vue nationaux sont trop souvent sacrifiés à des idéologies. Certes des nuances

sérieuses séparent les auteurs français actuels, M. Maury à Toulouse, M. Lucas à Dijon, M. Batiffol à Lille, ainsi que moi-même, mais dans l'ensemble la doctrine française actuelle est, dans sa très grosse majorité, devenue territorialiste, et elle a compris qu'il y a des positions nationales à conserver et à défendre.

On trouve un tableau des idées actuelles dans les nombreux travaux du Comité Français de Droit International Privé (Paris, Dalloz, 7 volumes parus), dans mon Traité de Droit International Privé *Français* (t. III paru en 1943 et t. V paru en 1949) dont le titre même montre le caractère national sous lequel sont envisagés les problèmes, ou encore chez Batiffol, Traité Elémentaire de Droit International privé, paru en 1949.

On peut résumer à peu près ainsi les idées :

1° — Nul ne propose de soumettre les successions à la loi nationale, et ici la conservation du statu quo s'impose. Certains même seraient partisans d'abandonner, au moins en partie, la règle *Mobilia sequuntur personam* et de se prononcer pour la *Lex rei sitæ* effective de certains biens mobiliers.

2° — Pour le droit de la famille, certains sont en faveur de la loi du domicile pour le mariage, le divorce ou la séparation de corps, alors que d'autres restent encore plus ou moins fidèles à la loi nationale, mais en la tempérant très fortement par le jeu des qualifications et surtout de l'ordre public, pour préférer, le cas échéant, la loi française lorsqu'elle va à l'encontre des lois étrangères trop différentes des nôtres sur le terrain politique ou confessionnel, ce qui devient de plus en plus fréquent.

Dans le domaine des effets du mariage, la circonstance selon laquelle la femme garde le plus souvent sa nationalité française, malgré son mariage avec un étranger, pose le problème de la prééminence de la loi française.

C — *Situation législative et jurisprudentielle*

1° — La législation française en matière de droit international privé est absolument statique depuis le Code civil, mais à ce point de vue il convient de signaler que la Commission de refonte du Code civil, créée en 1945, a résolu de consacrer au droit international privé une loi spéciale qui aura environ une centaine d'articles. La sous-commission chargée de préparer les textes a terminé sa tâche et préparé un avant-projet important qui paraîtra dans les travaux de la Commission de refonte du Code civil, t. IV, en 1950. Ces textes n'ont pas encore été discutés par la Commission plénière, ce qu'elle fera au cours de la présente année. Ils sont imprégnés de l'idée que la France est un pays d'immigration et s'inspirent nettement de la conception territorialiste et en somme nationaliste, dans le bon sens du mot. Ils soumettent le statut personnel des Français à la loi française, parce que, pour des raisons surtout sentimentales, et alors qu'ils ne sont pas très nombreux, on ne veut pas les abandonner, mais le statut personnel des étrangers domiciliés en France depuis cinq ans est régi par la loi française.

En outre, en ce qui concerne les successions, on soumet les meubles et les immeubles à la loi de leur situation effective, en abandonnant la règle « Mobilia sequuntur personam » à laquelle on ne revient que pour les meubles dont l'assiette n'est pas stable, c'est-à-dire au fond pour la minorité d'entre eux. Il y a donc là un renforcement du territorialisme dû au fait que les immigrés acquièrent de plus en plus des biens en France.

Enfin lorsque au sein du ménage les époux n'ont pas la même nationalité mais que l'un d'entre eux est Français, la préférence est donnée systématiquement à la loi française, que ce soit celle du mari ou de la femme, et elle s'applique

alors à l'égard des deux époux. Tout cela se rattache à l'idée d'immigration lorsque des Françaises épousent des étrangers. Cette conception s'étend aussi à la filiation.

La Commission plénière n'ayant pas encore statué, il est difficile d'affirmer qu'elle adoptera ces textes, mais on peut tout de même penser que c'est ce qu'elle fera.

2° — Sur le terrain jurisprudentiel, le renforcement de la territorialité est indéniable et la doctrine, au moins en partie, approuve pleinement (Cf. Niboyet, *op. cit.*, t. V 1949, n° 1486, p. 317-319 ; n° 1514, p. 436-443 ; n° 1519, p. 458 ; n° 1524, p. 476-481).

Certes, la règle de l'art. 3 al. 3 demeure, selon laquelle le statut personnel obéit à la loi nationale, mais la jurisprudence contemporaine a consacré cette règle complémentaire que la femme française a droit à l'application de la loi française quelle que soit la nationalité de son mari : Cour de Cassation de France, 6 juillet 1922, arrêt Ferrari (*Revue Darras* 1922, p. 444). Le divorce peut donc être prononcé si la femme est française, même si le mari est italien, et désormais les deux époux qui ont divorcé peuvent se remarier en France aussi bien l'un que l'autre. V. le jugement du Tribunal de la Seine, 1re Ch., 17 mars 1948, *Revue critique Dr. Int. Pr.* 1948, p. 112, et 20 juillet 1948, *ibid.* 1949, p. 96. Cette prééminence donnée à la loi de la femme, que la Commission de refonte du Code civil est appelée à consacrer, provient de ce que, pour des raisons inhérentes au mouvement d'immigration, les Françaises qui épousent des étrangers peuvent garder leur nationalité et dès lors elles ont droit au bénéfice total de cette nationalité, qui serait sans cela une nationalité nue.

En matière de filiation, lorsque parents et enfants n'ont pas la même nationalité, la préférence est donnée à la loi de celui d'entre eux qui est français : Cassation France 28 juin 1932,

ibid. 1932, p. 686 ; 20 janvier 1925, *ibid.* 1925, p. 533 ; 1er mai 1945, *Dalloz* 1945, p. 245 ; 8 mars 1938, *Revue Dr. Int. Pr.* 1938, p. 653 ; 20 décembre 1943, D. 1944, p. 105 ; Tribunal de la Seine, 1re Ch., 10 février 1948, *Revue Dr. Int. Pr.* 1948, p. 108.

Il est permis de conclure que la doctrine, le mouvement législatif et jurisprudentiel français, sont nettement orientés vers la territorialité. Les circonstances de l'immigration tiennent une large place parmi les causes qui commandent ce mouvement, mais il est certain que d'autres éléments exercent aussi une influence et que l'immigration n'est pas la cause exclusive et qu'elle n'explique pas tout. On se trouve en présence d'un ensemble singulièrement complexe, contribuant à donner au droit français le plus récent en matière de solution des conflits un caractère plutôt dogmatique, particulariste, avec la tendance à procéder par voie de synthèse plutôt que d'analyse.

J.-P. Niboyet

7. Observations de M. Haroldo Valladão

1er mars 1950

I. Le thème est complexe et délicat et transporte dans le domaine scientifique un sujet d'ordre essentiellement politique.

II. Les conditions démographiques ont surgi comme facteur relevant, en Droit International Privé, *de lege ferenda*, dans la formulation de règles pour la solution de conflits de lois en matière de capacité, famille et successions.

Ainsi, au premier Congrès International, au Congrès Américain de Jurisconsultes de Lima en 1877/1878, on *adopta la loi du domicile matrimonial pour les effets du mariage*, à l'article 13 du Traité qui y fut signé le 9 novembre 1878 « dans le but

d'établir des règles uniformes de droit international privé », quoique l'on eût suivi en général le principe de la loi de la nationalité pour régler l'état et la capacité (articles 1, 10, etc.).

Et une des raisons de cette rupture de système et de l'adoption du critérium mixte, fut le désir de se plier aux conditions démographiques de l'Amérique espagnole : « No obstante, algunos señores Plenipotenciarios han creído que hay otras razones de un orden elevado para no aceptar ese sistema, aunque se presenta revestido de un aparato científico. *En el sentir de dichos señores, llamada la América española, por la fertilidad de su territorio y sus instituciones generosas, a recibir una inmigración abundante de todas las partes del mundo, consideraría como un inconveniente para su reposo y sus progresos permitir que rigiesen en sus Estados las leyes matrimoniales de otros países. Si los extranjeros,* cuando se casen en la República o vengan a ella casados, han de sujetarse, no a las leyes de su domicilio, sino a las de su patria en todo lo perteneciente a sus derechos y deberes de familia, *llegarán a formar con el tiempo colonias más o menos numerosas, que complicarán sus relaciones con el resto de la población, causarán conflictos frecuentes y embarazarán la marcha regular y tranquila de la sociedad en que ejerzan sus industrias o profesiones.* No es esto, se ha dicho, lo que conviene a los intereses americanos, *sino al contrario propender a la asimilación del elemento extranjero.* Bueno es conceder a los naturales de otras naciones los mismos derechos civiles de que gozan los ciudadanos ; bueno es también ofrecerles las garantías necesarias, para que puedan dedicarse a un trabajo honroso y levantar una fortuna bajo el amparo del sistema republicano ; *pero, también es preciso evitar que las familias formadas por ellos constituyan grupos en que reinen legislaciones diversas y aun opuestas entre sí : es preciso procurar que esas familias se adhieran, en cuanto sea posible, a nuestro régimen civil, para que al fin lleguen a*

mirar a la América como a su patria adoptiva » (Exposé au Gouvernement du Pérou du 12 novembre 1878, du Président *Antonio Arenas, in* Congresos Americanos de Lima, II, pages 320/321).

Postérieurement, au Congrès sud-américain de Droit International Privé de Montevideo (1888/1889), on invoqua aussi des raisons d'ordre démographique pour préférer la loi du domicile à celle de la nationalité pour ce qui concerne l'état, la capacité et la famille.

Telle fut l'orientation du juriste uruguayen *Gonzalo Ramirez* qui y présenta son Projet de Code de Droit International Privé : « Lo que en realidad se pretende es, que en vez de buscar la asimilación del elemento extranjero por medio de una comunidad de derechos privados regidos por una misma ley, debemos pugnar porque toda esa inmensa inmigración que derraman los pueblos de la Europa en los pródigos territorios de Sud America conserven de siglo en siglo el carácter peculiar de la raza a que pertenecen, lo que daría por resultado que con el andar del tiempo los sud-americanos fuésemos más ingleses, italianos o franceses, que respectivamente argentinos, chilenos, orientales [1] o bolivianos » (page 84).

Le délégué argentin *Manuel Quintana* exprima le même point de vue à la session plénière : « Las naciones americanas, *recibiendo continuamente millares de inmigrantes de todas las nacionalidades existentes, perderían rapidamente su propia cohesión, si la capacidad de los inmigrantes, su estado y familia hubieran de continuar regidos para siempre por las leyes patrias abandonadas. Su unidad política, expresión elevada de la soberanía, no tardaría tampoco en resentirse de su falta de unidad legislativa y el fraccionamiento sería con el tiempo la amenaza*

[1] « Orientales » signifie « uruguayens », car l'Uruguay s'appelle Rep. *Oriental* del Uruguay.

constante de su integridad. Ahora bien, si los pueblos pueden jugar su independencia al azar de las batallas, jamás la abdican voluntariamente en aras de nada ni de nadie » (Actas de las Sesiones del Congreso, page 398).

Mais le Traité résultant de cette orientation, tout en ne suivant pas le principe de la nationalité, ne prit que fort peu en considération celui du domicile qui ne fut pleinement admis qu'en ce qui concerne la capacité et les effets du mariage (articles 1 et 13) ; le mariage y fut réglé, tant pour la forme que pour le fond, par la loi du lieu de sa célébration (article 12), et les successions par la *lex rei sitae* pour les biens meubles et immeubles (article 15).

En Europe, on proposa au Congrès Juridique de Lisbonne de 1889 une *formule conciliatoire entre les deux principes de la nationalité et du domicile, fondée sur des éléments d'ordre démographique*, pour tout ce qui se référait à la loi personnelle : capacité, état, famille et successions. Nous transcrivons ci-dessous ladite formule, qui n'eut point de répercussions : « 1º La mayoría de edad para el ejercicio de los derechos civiles en las relaciones internacionales se conseguirá a los veintiun años. Mientras esta disposición no se haga común, la mayoría de edad debe determinarse para cada uno de los contratantes por la ley de su nacionalidad o de su domicilio, *según se trate de establecerse en pueblos de población principalmente fija, como los de Europa, o en pueblos de población de inmigración como los de América.* 2º El estado y la capacidad de las personas se determinan por la nacionalidad o el domicilio, según el principio reinante en el lugar donde se hallen. Mas es conveniente que sobre este estado y capacidad, derechos y deberes de la familia, disposición de bienes por succesión testamentaria o legitima, se adopten :

« *En los pueblos de Europa y en cualesquiera otros de población principalmente fija, los principios de nacionalidad y subsidiaria-*

mente de domicilio, consignados por el Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Oxford (1880), limitándose su aplicación solamente en cuanto sea preciso, para no contrariar el régimen de orden público establecido en el país en que la aplicación ha de hacerse, esto es, su organización política, civil, económica, etc.

« *En los pueblos en que predominan, o en que son muy importantes las inmigraciones, el principio de nacionalidad debe ser substituido por el del domicilio.* »

En Espagne, le Professeur *Manuel Torres Campos* soutenait que l'importance décisive de l'affluence d'immigrants justifiait l'adoption du principe de la territorialité des lois — ce qui explique le prestige qu'il avait aux Etats-Unis et en Argentine — et il en arriva même à présenter la loi suivante :

« En todos los Estados en que existe una masa considerable de población extranjera de nacionalidades diferentes, se impone, en justo respeto a la soberanía del territorio, por lo que toca a las cuestiones de Derecho Internacional Privado, el principio territorial » (Principios de Derecho Internacional Privado, 1883, et Elementos de Derecho Internacional Privado, 2ª ed., 1893, page 86).

Il revint à la question en examinant avec beaucoup d'attention et de nombreuses données les problèmes suivants, sous le titre de « La extraterritorialidad y la Estadística » : « I. — La emigración y su influencia en el régimen jurídico de los pueblos. Congreso Jurídico de Lisboa. II. — Los extranjeros y su acumulación en ciertos Estados. Ciudades cosmopolitas. III. — Aglomeración de nacionales sometidos a diferentes legislaciones y de extranjeros en determinados territorios. Suiza. Argelia. IV. — Situación especial de España. » Et il arriva à la conclusion suivante : « En todos los Estados en los que existen masas considerables y muy mezcladas de población, sean nacionales o extranjeras, sometidas a diferentes legis-

laciones, se impone, en justo respeto a la soberanía del territorio, por lo que toca a las cuestiones de Derecho internacional privado, el principio territorial. » (Bases de una Legislación sobre Extraterritorialidad, Madrid, 1896, pages 238 et 274.)

En Argentine, le Professeur *E. S. Zeballos* se basa sur des données aussi bien statistiques que démographiques pour prouver que le principe du domicile est suivi par les pays qui ont le plus grand nombre d'habitants (Bulletin Argentin de Droit International Privé, I. 1906, pages 474 et suiv., 488).

Au Brésil, l'argumentation en faveur de l'introduction du critérium du domicile se développa surtout sur la base de données démographiques, puisqu'il s'agit d'un pays d'immigration.

Voici comment s'exprimèrent *Carlos de Carvalho :* « Um paiz de immigração reclama a applicação e o predominio da lei do domicílio. É uma indicação virtualmente aconselhada pela lei allemã de 1 de Junho de 1870, com as modificações da de 18 de Agosto de 1896, sobre a acquisição e perda da qualidade de cidadão federal ou estadoal. Dez annos de residencia em paiz estrangeiro determinão a perda da nacionalidade e essa perda em seus effeitos comprehende a esposa e os filhos sob o patrio poder. » (Nova Consolidação das Leis Civís, 1899, págs. LXXXVI), et *Rodrigo Octavio :* « Já em 1886, no 18º congresso da sociedade allemã de juristas, reunido em Wiesbaden, *Henry Jacques*, em um relatorio unanimemente approvado, escreveu : « Um dos interesses mais impor-« tantes do Estado é o de aumentar a força do sentimento « patriótico de seus subditos, o sentimento do dever para com « a patria ; e é conforme a esse objectivo manter, mesmo « no extrangeiro, a autoridade da lei nacional ». Foi pois em nome do interesse nacional que a reforma se operou no imperio allemão, e não seria possivel deixar de tomar em consideração o interesse nacional, prejudicando-o em beneficio da victoria

de principios abstractos. Já vimos que a substituição da regra do domicilio, tradicional alí, pela da nacionalidade foi obra consciente de uma evolução operada na opinião. Por essa reforma havia votado o referido congresso de juristas... A Alemanha agiu evidentemente dentro das linhas de sua soberania ; e *se esse novo principio por ella adoptado é justo e racional para os paizes da Europa, a conclusão opposta é a que se impõe, não menos justa e racionalmente, se se tratar de paizes que recebam immigração.* O interesse delles tambem é de prender ao sólo, de procurar incorporar á sua actividade, á sua communidade, aquelles que lhes venham dar sua actividade e seu trabalho, em troca do bem estar e da tranquillidade... E convém assignalar as perturbações que a applicação da lei nacional extrangeira póde trazer a um paiz de que uma certa parte não seja povoada senão de extrangeiros, como é muito frequente em zonas de colonisação nos estados sul-americanos, como é positivamente o nosso caso dos estados do sul, notadamente no de Santa Catharina. Na generalidade dos casos, é esse o nosso caso, os colonos não adquirem senão mais tarde, e se elles o quizerem, a nacionalidade do pais onde se estabelecem. Dahi se segue que é a lei extrangeira que regulará a vida juridica de toda a população de uma região nacional » (O Direito Positivo e a Sociedade Internacional, 1917, page 11). *Eduardo Espinola* leur donna tout son appui en invoquant aussi les statistiques (Jornal do Comercio du 27 avril 1942, Tratado de Direito civil, 2, 1939, pages 558 et suiv.).

Mais *Clovis Bevilacqua* combattit cette orientation : « *A contingência do argumento é manifesta. Submete a doutrina do direito internacional privado, que é de carater universal, aos interesses momentâneos, reais ou supostos, das nações, em vez de orientá-la pelas necessidades do comércio internacional.* Se da parte das nações sulamericanas, essa razão é bastante valiosa para impor-lhes uma certa doutrina, havemos de

reconhecer outras razões particulares de outros povos e será impossível, enleados nesses labirintos de pretenções divergentes, lançar as bases essenciais da ciência, que deseja apanhar o fenômeno jurídico em sua feição geral e humana. » (Princípios Elementares de Direito Internacional Privado, § 26, 4ª ed. 1944, pág. 191), et *Sebastião de Rego Barros* en fit de même : « Justamentes nos paíse de imigração, mais flagrante se me afigura a conveniência do respeito á lei nacional, como elemento de atração das correntes migratorias, pois mais garantido se sente o imigrante protegido pela sua lei. Não se vê, repentinamente, desarraigado de sua pátria e de seus direitos, sem uma fase de adaptação. Uma vez fixado no estrangeiro sofre, natural e gradativamente, a infiltração do novo ambiente social, familiariza-se com seus costumes, suas instituições, suas leis, e, se são estas sábias, liberais, naturaliza-se para gozar-lhes os beneficios. É um verdadeiro processo de assimilação, que deve ser o objetivo daqueles países. O regimen da lei do domicilio não possúe essa vis atrativa, nem esse poder de absorção. » (Estudos Brasileiros, vol. 9, 1942, pág. 137.)

En France, depuis la nouvelle loi sur la nationalité du 10 août 1927, l'idée (soulevée déjà par C. Jourdan, *in* Revue de Droit international privé, 1914, page 376, et 1922/1923, pages 680/681) d'établir le principe du domicile, a pris une grande force ; on se base sur le fait que la France elle-même est devenue un pays d'immigration (*P. Lerebours-Pigeonnière*, Précis de Droit International Privé, 1928, nº 256 ; *J. de la Morandière in* Journal de Droit International de Clunet, 1928, page 287 ; *J. P. Niboyet*, Manuel de Droit International Privé, 1928, nº 587 et Rapport à la Société d'Etudes Législatives *in* Revue de Droit International Privé, 1929, pages 193 et suiv. ; *R. Cassin*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, vol. 34, 1930, pages 744/747 ; *E. Bartin*, Principes de Droit International Privé, paragraphe 288, T. II, 1932,

page 200 ; etc.), et l'on y emploie les mêmes arguments que ceux qui sont exposés ci-dessus.

Mentionnons, parmi ceux qui ne sont point du même avis, *H. Batiffol*, en partie (La Capacité Civile des Etrangers en France, 1929, page 308 ; Travaux du Comité Français de Droit International Privé, page 22 ; Traité de Droit International Privé, 1949, page 285) ; *R. Savatier* (Cours de Droit International Privé, 1947, page 176), *P. Lepaulle* (Le Droit International Privé, 1948, pages 83/84).

L'influence démographique dans la lutte entre les principes de la nationalité et du domicile est soulignée par *M. Carasso* (Des Conflits de Lois en Matière de Capacité Civile, 1938, page 76) et *R. Monaco* (Manuale di Diritto Internazionale Publico e Privato, 1949, page 440), mais elle est à peine mentionnée par notre éminent confrère, le professeur *de Yanguas Messia* (Derecho Internacional Privado, I, Madrid, 1944, page 186).

Dernièrement, Rabel, en appuyant aussi le principe du domicile, se référait au désir des pays d'immigration d'incorporer les nouveaux immigrants dans leur vie légale le plus rapidement possible, et aux difficultés que présente l'application des lois nationales individuelles desdits immigrants ; il affirmait que ces considérations eurent une influence capitale aux Etats-Unis, en Suisse et en Argentine (The Conflict of Laws, I, 1945, page 151).

III. Le droit international privé des Etats-Unis et celui de l'Argentine adoptèrent le principe du domicile avec restrictions (*H. Valladão*, Estudos de Direito Internacional Privado, 1947, pages 186/189), le premier de ces pays suivant avec *Joseph Story* (Conflict of Laws, 1834) les doctrines statutaires, et le second adoptant avec *Vélez Sarsfield*, dans son Code Civil (1869-1871), la doctrine de *Savigny* (1849) modifiée par le Brésilien *Teixeira de Freitas* (1860-1861).

L'affluence des courants immigratoires vers les deux pays ne fut ni la raison de base ni la *raison décisive* de l'adoption de la loi du domicile.

Suivant les statistiques examinées par *Torres Campos*, on peut vérifier qu'aux Etats-Unis, entre 1820 et 1891, les grandes masses d'immigrants ne commencèrent à arriver qu'après 1840 (*op. cit.*, page 242), c'est-à-dire après la fixation des principes du droit international privé des Etats-Unis dans l'œuvre de Story.

En Argentine, le grand accroissement de l'immigration eut lieu surtout après 1869 (*op. cit.*, page 254). Mais l'histoire du Code Civil argentin met en évidence l'influence directe de Savigny et de Freitas (*H. Valladão, op. cit.*, pages 59/60 et 71/72) sans la moindre référence aux facteurs démographiques. D'ailleurs, l'Argentine signa le Traité de Lima de 1878, qui suivait, en général, le principe de la nationalité, et son Président Avellaneda accueillit le traité et en demanda l'approbation au Congrès (*E. S. Zeballos*, la Justicia Internacional Positiva, page 215). Et tout ceci eut lieu à une époque où l'immigration dans le pays augmentait considérablement.

Le Chili et les autres pays de l'Amérique espagnole qui l'accompagnèrent (l'Equateur, le Venezuela, le Nicaragua, l'Uruguay, la Colombie, le Salvador, le Honduras) suivirent la doctrine territorialiste d'Andrés Bello, affermie dans le Code Civil chilien de 1855, sans la moindre influence d'ordre démographique (*H. Valladão, op. cit.*, pages 30 et suiv.), à une époque où le courant immigratoire vers ces pays était très faible.

Haïti, la République Dominicaine et Cuba adoptèrent la loi nationale ; la Bolivie, le Pérou, le Mexique, le Guatémala, Costa-Rica et Panama acceptèrent aussi, partiellement, le principe de la nationalité à une époque de forts courants immigratoires (*H. Valladão, op. cit.*, pages 7 et 47/56).

Nous ne trouvons pas non plus que ce furent des raisons

d'ordre démographique qui induisirent la Suisse à adopter — quoique d'une façon restreinte et en le combinant avec celui de la nationalité — le principe du domicile (Constitution fédérale de 1874, article 46, et Loi fédérale du 25 juin 1891). Nous y voyons plutôt une simple translation, dans le domaine des conflits internationaux de lois, d'un principe suivi pour les conflits inter-cantonaux ou inter-locaux, comme il arriva aux Etats-Unis et en Angleterre.

D'ailleurs la doctrine suisse préféra précisément le principe de la loi nationale, depuis *Charles Brocher* (Nouveau traité de Droit International Privé, 1876, nos 19 et 20, pages 81/85), passant par *Ernest Roguin* (Conflits des Lois Suisses, 1935, pages 400/402), jusqu'à notre éminent confrère *Georges Sauser-Hall* (La Vie Juridique des Peuples), sans qu'interviennent des raisons démographiques.

Au Brésil, le remplacement de la loi nationale par celle du domicile, le 4 septembre 1942, tout de suite après la déclaration de la guerre (22 août), eut comme but immédiat d'empêcher l'application de leur loi nationale aux sujets ennemis (*H. Valladão, op. cit.*, page 77).

IV. Le droit international privé est une science foncièrement juridique, multiséculaire, ayant des règles et des préceptes déjà établis ; son but est de protéger la personnalité humaine dans son expansion dans l'espace en défendant la justice et l'équité.

Il ne peut donc être régi par des facteurs de nature exclusivement politique et d'un caractère purement transitoire, comme une législation fluctuante et occasionnelle dans le genre de celle adoptée pour les tarifs douaniers ou pour les contingents et permis d'importation et d'exportation.

Telle serait la destinée du droit international privé si ses règles finissaient par dépendre des mouvements migratoires révélés périodiquement dans chaque pays par les statistiques.

V. L'influence des conditions démographiques fut exagérée quand on essaya, il y a quelques années, de fixer un principe absolu, d'établir un critérium unique pour régir toute la matière classée sous la rubrique : loi personnelle, c'est-à-dire la capacité, l'état, la famille, les successions...

Mais ceci ne fut qu'un rêve doctrinaire, une nouvelle lutte byzantine entre les « verts » (le droit international privé est régi complètement et uniquement par le domicile) et les « bleus » (le droit international privé est régi complètement et uniquement par la nationalité), lutte à laquelle ni les Codes, ni les Lois, ni les décisions des Tribunaux ne prirent part. Ceux-ci essayèrent simplement de résoudre les problèmes complexes et variés des conflits de lois en établissant ou en appliquant de nombreuses règles, sous-règles, exceptions, etc.

En plus de la nationalité et du domicile, il y a beaucoup d'autres critériums de solution qui sont et peuvent être suivis en matière de capacité, de famille, et de successions : loi du lieu de l'acte, loi de l'autonomie, loi de la situation des biens, etc.

D'autre part, l'influence des principes de la nationalité et du domicile a diminué dans certains secteurs ; il suffit de mentionner qu'à sa session de Cambridge, en 1931, l'Institut de Droit International lui-même préféra le critérium de la loi du lieu de l'acte pour régir la capacité.

Enfin, c'est avec des arguments d'ordre juridique — tout en étudiant la question et ses modalités, et en considérant la position et la stabilité de la situation de la personne intéressée — que l'on doit préférer, ou le principe de la nationalité, ou celui du domicile, ou encore combiner les deux principes, ou les accepter alternativement, ou même en choisir un autre.

VI. D'un autre côté, les mesures que les Etats peuvent et doivent prendre contre les dangers d'immigration en masse et de formation de kystes raciaux sont surtout d'un caractère

politique, spécialement pour ce qui concerne l'entrée, la distribution et la fixation d'éléments étrangers.

VII. Le travail présenté sur ce sujet par notre éminent confrère le Professeur de Yanguas Messia est complet, et examine ce thème si difficile et complexe sous tous ses aspects.

VIII. Notre conclusion au sujet des « Propositions préliminaires » du Rapporteur est la suivante :

1) Les conditions démographiques, transitoires, dépendantes de facteurs politiques, n'ont pas joué et ne doivent pas jouer un rôle décisif dans la formulation des règles du droit international privé, qui est une science séculaire et foncièrement juridique.

2) Si l'on admet une certaine influence en la matière desdites conditions démographiques, il faut qu'elle soit, en premier lieu, d'ordre secondaire et subordonnée aux facteurs d'ordre juridique ; en second lieu cette influence doit être limitée aux matières régies dans presque tous les pays par les principes de la nationalité ou du domicile, c'est-à-dire seulement à la matière du *status*.

Haroldo Valladão

VIII. Les conditions d'attribution d'un statut international à des associations d'initiative privée

(Seizième Commission)

Rapport et projet de Résolutions

présentés par

Madame Suzanne Bastid

A.

Rapport provisoire

I.

Avant d'examiner les suggestions contenues dans les réponses[1] des membres de la seizième Commission au questionnaire joint à l'exposé préliminaire, il paraît utile de préciser exactement le sujet choisi par l'Institut en se référant notamment à ses travaux antérieurs.

En 1910, sur l'initiative de M. Nicolas Politis, avait été mise à l'étude « la condition juridique des associations internationales ». Il s'agissait alors, et c'est l'objet même du projet de convention adopté en 1923, lors de la session de Bruxelles, de définir ce que l'on pouvait entendre par association inter-

[1] La réponse de M. Max Gutzwiller, dont le texte est reproduit en annexe, n'a pu être utilisée pour l'établissement du rapport provisoire.

nationale, de déterminer les éléments d'une condition juridique adéquate à cette définition.

Toute association appartenant à cette catégorie devait bénéficier de ce statut spécial, sous réserve du droit, pour les Etats contractants, de refuser, pour des motifs d'ordre public, de reconnaître la personnalité juridique d'une association déterminée. Cette décision était d'ailleurs susceptible, devant la Cour permanente de Justice internationale, d'un recours pour excès de pouvoir émanant du groupement intéressé.

Ce projet introduisait sur le plan international le système de la déclaration et admettait le droit pour un groupement de particuliers d'ester devant la juridiction internationale. L'Institut avait été ainsi amené à prendre parti sur la question de la personnalité internationale de ces associations et, en dépit de certaines oppositions, le point de vue de M. Politis l'avait emporté. Partant de l'idée que le développement des associations internationales sans but lucratif importait à l'intérêt général de la communauté internationale, c'est un régime uniforme pour toutes les associations qui était suggéré, régime comportant à leur profit des prérogatives de droit international public.

Il n'est pas nécessaire de rechercher pourquoi le projet, comme d'autres analogues, n'a pas abouti à des résultats pratiques. Ce qu'il importe, par contre, de relever, c'est qu'en présence de l'activité des associations internationales, de l'extension de cette activité par une collaboration, organisée dans la Charte des Nations Unies, avec un organisme interétatique, le Conseil économique et social, l'Institut a décidé, en 1948, d'étudier à nouveau le problème de la condition juridique des associations qui, dans leur recrutement et dans leur activité, débordent le cadre d'un Etat. Mais un libellé nouveau de la question a été établi : « Les conditions d'attribution d'un statut international à des associations d'initiative privée ».

Il est évident qu'il ne s'agit pas de revenir sur le droit de s'associer entre individus et groupes de diverses nationalités. Dans sa réponse, Sir Eric Beckett a très justement rappelé les dispositions de l'article 20 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et celles du projet de Pacte actuellement en discussion. Mais, de même que dans l'ordre interne, la liberté d'association se concilie avec des régimes juridiques divers pour les associations constituées, la reconnaissance, dans un Pacte des droits de l'homme, de cette liberté, sur le plan international, c'est-à-dire l'engagement pris par les Etats de n'y pas porter atteinte, laisse subsister le problème du régime juridique des groupements.

L'objet des travaux de la Commission est de déterminer les conditions d'attribution d'un certain statut, dit statut international, à des associations ; il s'agit donc de proposer les principes d'une discrimination pour conférer des avantages spéciaux et non plus de fixer le régime nécessaire de toute association internationale. Ce n'est pas une sorte de révision du projet de 1923.

II.

Trois observations préliminaires doivent être faites.

Il faut constater d'abord l'extraordinaire diversité des associations auxquelles, suivant le critère du projet de 1923, devait s'appliquer le statut prévu.

Les associations « de caractère privé qui sont accessibles aux sujets et aux collectivités de plusieurs pays et poursuivent, sans esprit de lucre, un but d'intérêt international » sont innombrables. Leur activité, leur rôle, leur utilité sont très variables. C'est là une observation qui résulte plus ou moins explicitement des réponses reçues.

M. Max Huber fait ressortir la différence d'importance qui existe entre elles. Si l'on envisage la vie internationale dans sa réalité, il y a, écrit-il, les « organisations d'utilité vraiment publique et internationale » et les autres.

Sir Eric Beckett relève qu'à côté d'associations dont l'objet est unanimement approuvé, d'autres tendent à des fins discutables et suscitent ainsi des associations rivales : une association pour prévenir les maladies par des mesures prophylactiques s'opposant à un groupement hostile à la vaccination.

Une activité, nullement contraire aux bonnes mœurs, peut être fort discutable et l'on sera spécialement tenté de la considérer ainsi lorsqu'elle présente certains aspects politiques. M. Borel a insisté sur l'importance, à cet égard, de l'antagonisme politique contemporain, sur le fait que l'on « ne s'entend plus sur le sens des termes couramment employés, entre autres pour afficher le but et le programme d'action poursuivis, d'où un redoublement inévitable de la prudence, de la réserve des gouvernements à l'égard de ce qui vient du dehors ».

Si l'on considère qu'un statut international doit comporter des avantages nouveaux, des facilités plus grandes, il ne faut pas chercher à mettre dans la même situation des groupements jouissant d'une réelle autorité tant par la qualité, le nombre de leurs membres que par les services qu'ils ont pu rendre et des groupements dénués de tout mérite. Que ces derniers puissent exister licitement, il faut sans nul doute l'admettre, mais qu'ils puissent, par le seul fait d'un recrutement ou d'un objectif international, bénéficier d'un statut exorbitant du droit commun, c'est aller trop loin.

On ne peut pas négliger la diversité que présentent en fait les associations internationales.

III.

Si l'on observe, en second lieu, le régime juridique actuel des associations que l'on peut considérer comme internationales par leur recrutement et leurs objectifs, on constate qu'elles se divisent en associations constituées sous le régime d'une législation nationale, qu'elle soit ou non spéciale aux associations internationales, et en associations ne se rattachant à aucune législation particulière.

Le projet de 1923 tenait compte de ces deux situations et, si des modalités de détail sont peut-être nécessaires, le statut international — régime de faveur approprié au rôle de ces groupements — doit pouvoir s'appliquer aux uns comme aux autres.

D'une enquête fort intéressante à laquelle a procédé l'Union des associations internationales à la demande de M. Max Habicht, Président du Comité d'étude sur le statut juridique des organisations internationales non gouvernementales, il résulte que sur 225 groupements ayant répondu à la demande de renseignements, 127 n'ont pas la personnalité juridique, 98 ont la personnalité juridique, parmi lesquels 36 par application de la législation suisse, 23 de la législation belge, 22 de la législation française. Dans chaque catégorie se trouvent des associations qui ont une grande importance dans la vie internationale et auxquelles il est également opportun de donner le maximum de facilités.

Si l'on veut faire œuvre pratique, il faut admettre l'accès au statut international des unes et des autres.

Il ne paraît pas, d'ailleurs, que l'on puisse hésiter sur le plan des principes.

Le statut national, la personnalité juridique suivant une loi nationale comporte bien l'octroi, à l'égard d'un Etat donné, de certaines prérogatives, mais ce n'est pas là ce qui crée

l'individualité juridique du groupement ; celle-ci résulte du centre d'intérêts propres, centre d'intérêts qui peut se manifester dans la vie juridique grâce à l'organisation du groupe. Cette individualité pratiquement est reconnue dans la vie internationale par les Etats même lorsque la personnalité juridique nationale n'existe pas. L'article 71 de la Charte, comme l'article 66 du Statut de la Cour, donnent certaines prérogatives aux organisations internationales sans considérer leur statut au regard du droit interne. Il y a là un phénomène qui n'est pas sans analogie avec le régime qui peut être fait aux apatrides. Or, pour eux, il est arrivé que certains droits leur soient accordés par convention entre Etats, alors qu'aucun statut national n'existait en leur faveur. De même, il paraît nécessaire d'admettre au bénéfice du statut international un groupement constitué suivant la loi d'un Etat non signataire puisque ce qui est en cause c'est la réalité du groupement et l'importance de son action.

IV.

Une troisième observation préliminaire doit être faite : elle touche les rapports entre la question en examen et l'existence du statut consultatif prévu par l'article 71 de la Charte des Nations Unies.

Si les rapports entre les associations internationales et les Nations Unies ne se limitent [1] pas à l'application de l'article 71,

---

[1] Les Nations Unies ont cherché à appuyer leur action sur les groupements internationaux et nationaux. La note historique n° 45 du Département de l'information relève que plusieurs centaines d'organisations non gouvernementales nationales et internationales prêtent leur concours à l'O.N.U. en diffusant des renseignements sur ses activités, en fournissant une tribune à l'opinion publique, et en présentant les avis d'organismes particulièrement compétents dans des domaines déterminés. Le Départe-

celui-ci constitue cependant la base de ce que l'on pourrait, à certains égards, appeler une reconnaissance internationale puisqu'il organise une collaboration entre les associations internationales et un organisme interétatique.

« Le Conseil économique et social peut prendre toutes dispositions utiles pour consulter les organisations non gouvernementales qui s'occupent de questions relevant de sa compétence. Ces dispositions peuvent s'appliquer à des organisations internationales et, s'il y a lieu, à des organisations nationales après consultation du Membre intéressé de l'Organisation. »

En application de ce texte, trois problèmes essentiels se sont présentés : définir le statut consultatif, déterminer les conditions d'octroi de ce statut, procéder au choix des organisations bénéficiaires.

Le statut consultatif comporte diverses prérogatives : les groupements bénéficiaires sont représentés par des consultants aux réunions du Conseil économique et social et de ses commissions ; ils reçoivent communication de tous les documents ; ils ont le droit de présenter des communications par écrit au Conseil économique et social, à ses commissions et au Comité du Conseil chargé d'examiner les dispositions à prendre en vue des consultations avec les organisations non gouvernementales (Comité O.N.G.). Les consultants peuvent demander la parole devant une commission ou devant le Comité O.N.G. Les représentants de certaines organisations (catégorie A) peuvent même prendre la parole, sous certaines conditions, aux

---

ment de l'information les aide à cette fin. Leurs communications sont à la disposition des membres des organes des Nations Unies. Les organisations non gouvernementales des territoires sous tutelle présentent des pétitions qui sont, en fait, souvent examinées par le Conseil de Tutelle. Des conférences des organisations non gouvernementales ont eu lieu sous les auspices des Nations Unies.

séances plénières du Conseil économique et social. Enfin, les organisations de la catégorie A peuvent proposer l'inscription de questions à l'ordre du jour du Conseil et faire connaître leurs vues lors de la discussion de ce point au Comité de l'ordre du jour. En outre, lorsque le fond de la question vient devant le Conseil, le représentant de l'organisation est habilité à présenter « une déclaration introductive de nature explicative ».

Ces prérogatives ne sont pas accordées, on l'a vu, de la même manière à toutes les organisations ayant le statut consultatif. Celles-ci ont été réparties en trois catégories :

a) les organisations qui s'intéressent au premier chef à la plupart des activités du Conseil et qui ont des rapports étroits avec la vie économique et sociale des régions qu'elles représentent ;

b) les organisations de compétence particulière, mais qui s'occupent spécialement de certains domaines d'activité du Conseil ;

c) les organisations qui s'occupent surtout de l'évolution de l'opinion publique et de la diffusion des informations.

La décision d'octroi du statut consultatif appartient au Conseil économique et social ; la candidature est examinée par le Comité O.N.G. du Conseil qui reçoit, avec les demandes, une documentation détaillée sur la composition, les buts et les activités de l'organisation.

Un certain nombre de principes ont été formulés pour guider dans le choix : ils concernent notamment le domaine d'activité de l'organisation qui doit s'occuper des questions relevant de la compétence du Conseil économique et social, ses buts, qui doivent être conformes à l'esprit, aux fins et aux principes des Nations Unies, sa réputation et son importance dans le domaine d'activité en question, sa structure et son organisation.

Certaines exclusions en rapport avec la politique générale des Nations Unies ont été prévues.

La décision du Conseil économique et social comporte ainsi un jugement de valeur sur les groupements qui sollicitent le statut consultatif. Ce jugement est l'œuvre de représentants d'Etats dont la décision est obligatoire pour la minorité du Conseil.

En fait, en août 1949, quatre-vingt-dix organisations avaient reçu le statut consultatif, dix en catégorie A, soixante-seize en catégorie B, quatre en catégorie C.

Entre elles s'établissent des liens spéciaux et des conférences ont réuni leurs représentants pour examiner divers problèmes se rattachant au statut consultatif ou offrant un caractère plus général. C'est de la Conférence réunie en mai 1948 qu'est issue la Commission d'étude du statut juridique des organisations non gouvernementales internationales dont les travaux ont été signalés dans l'exposé préliminaire.

Il faut indiquer que les institutions spécialisées ont également établi des liens avec des organisations internationales non gouvernementales.

En présence de cette situation, dont certains éléments sont susceptibles de se modifier mais qui, dans l'ensemble, est une réalité de la vie internationale, comment situer le problème en examen ?

Doit-on lier l'attribution d'un statut international à l'octroi du statut consultatif, l'un entraînant nécessairement l'autre, ou doit-on, en les dissociant, utiliser le Conseil économique et social pour choisir les groupements bénéficiaires du statut international ?

On comprend que la dernière solution ait été préconisée par la Commission d'étude sur le statut juridique créée par la Conférence des organisations consultatives non gouvernementales.

Dans les réponses reçues par le rapporteur, elle est franchement adoptée par M. Léon Babinski qui considère que « la création, l'existence juridique, le contrôle international des associations en cause devraient être envisagés dans le cadre des compétences actuelles et à venir du Conseil économique et social ». Il considère que la catégorie des associations bénéficiant du statut consultatif ne serait pas nécessairement identique à celle des associations bénéficiant du statut international. A cet égard, une décision spéciale devrait être prise par le Conseil économique et social qui pourrait, en conséquence, exercer un contrôle sur ces associations et, éventuellement, provoquer leur dissolution.

Mais les autres réponses excluent une orientation en ce sens et certaines s'en expliquent longuement. M. Max Huber indique notamment : « L'Institut, déjà du temps de la S.D.N., a évité de lier ses projets à une institution politique d'organisation internationale. Un lien nécessaire entre les Nations Unies et le statut international des associations risquerait non seulement d'exclure celles appartenant à des Etats non membres, mais aussi de limiter celles des Etats membres selon des critères qui, tout en étant valables pour l'octroi du statut consultatif, seraient trop étroits pour le statut international comme tel. Au surplus, l'acquisition du statut international dépendrait de décisions d'organes politiques ou administratifs internationaux. Il semble qu'un régime de droit, c'est-à-dire un règlement basé sur des normes conventionnelles, qui en elles-mêmes se suffisent, serait préférable dans l'intérêt de l'indépendance des associations. »

Des objections analogues ont été faites par Sir Eric Beckett, qui a relevé que le statut consultatif peut être octroyé à des organisations nationales, que les décisions du Conseil économique et social sont sous l'influence de considérations politiques et que si l'on considère les organisations qui ont fait

l'objet d'une décision favorable, il en est qui sont, politiquement, si discutables que certains pays qui, au nom des droits de l'homme, les laissent libres de faire de la propagande, hésiteraient à leur donner des privilèges spéciaux.

Ainsi il paraît clair que le sentiment dominant de la Commission est favorable à l'établissement d'un régime juridique indépendant du statut consultatif et d'une décision prise par le Conseil économique et social.

V.

Il importe donc de définir ce que l'on peut entendre par statut international et de rechercher ensuite suivant quels principes doit en être déterminée l'attribution.

A. *Le statut international*

Il apparaît, dans les réponses qui ont été faites, que la Commission ne considère pas que l'attribution du statut international implique pour les Etats signataires de la Convention création de personnes de droit international.

M. Ripert estime que l'on ne peut pour le moment soustraire des associations internationales à un statut national et il suggère un engagement pris par les Etats signataires de créer dans leur législation un type d'association dit international avec reconnaissance réciproque des associations bénéficiaires.

M. Borel, qui marque par ailleurs son attachement au projet de 1923, considère qu'il convient de renoncer à l'idée de créer en dehors du droit national un statut international en faveur de toute association disant poursuivre un but d'intérêt international. Il est d'avis « d'éliminer le recours auprès de la Cour permanente de Justice internationale ».

Pour lui, « l'association, désireuse de posséder la personnalité juridique, l'acquiert en se constituant sur le territoire d'un Etat et en conformité de sa loi nationale. C'est de cette personnalité ainsi obtenue qu'il s'agit d'assurer la reconnaissance par les autres Etats. »

M. Babinski indique expressément qu'il considère comme prématurée l'idée d'introduire avec ces associations un nouveau sujet dans la société internationale.

Enfin si Sir Eric Beckett n'est pas hostile à l'attribution d'une certaine personnalité internationale aux associations, il estime que l'Institut ne contribuera pas à faire progresser cette idée en suggérant des conventions qui n'ont que peu de chance d'être adoptées.

VI.

Sans prendre dès à présent parti sur cette dernière opinion, il semble que par statut international on puisse entendre un ensemble de prérogatives de nature à permettre et à faciliter le fonctionnement de certaines associations sur le territoire de plusieurs Etats. Un tel statut est international en ce sens qu'il a son origine dans un accord entre Etats et qu'il crée des obligations à ceux-ci, mais il est appliqué par les Etats et il peut fonctionner sans que les associations reçoivent des prérogatives relevant du droit international public, notamment un droit de recours direct à la Cour internationale de Justice.

Les éléments de ce statut pourraient être déterminés de deux manières : soit par l'énumération directe de droits jugés utiles au bon fonctionnement de ces associations, soit par référence au système national le plus favorable dans chaque Etat.

Le premier système est en apparence séduisant par l'uniformité qu'il permettrait d'apporter dans les conditions de

fonctionnement d'une association internationale ; le second paraît toutefois préférable. M. Max Huber fait valoir qu'il est peut-être plus facile à obtenir des Etats : ceux-ci pourraient hésiter à octroyer à une association composée en majeure partie d'étrangers des avantages refusés aux groupements nationaux. Il faut ajouter d'ailleurs que beaucoup d'associations internationales sont des organisations de groupements nationaux et qu'il est assez rationnel que, dans un Etat donné, l'association nationale et l'association internationale à laquelle elle se rattache se voient appliquer les mêmes principes, sinon les mêmes règles (l'association nationale peut ne pas avoir le meilleur traitement possible).

Cette référence générale à la législation nationale devrait mentionner les points les plus importants : reconnaissance de la personnalité juridique, droit d'exercer l'activité définie aux statuts, perception des cotisations, droit d'acquérir et de posséder des biens, droit de recevoir des dons et legs.

Restent les problèmes pratiques auxquels se heurte le fonctionnement des associations internationales dans les conditions économiques et politiques actuelles : difficultés dans la circulation des personnes et des capitaux, dans l'emploi de la main-d'œuvre étrangère, etc.

Le but ne peut être évidemment de faire disparaître ce régime de contrôle et de restrictions au bénéfice des associations internationales. Mais, en fait, elles ont pu traverser cette période difficile jusqu'à présent : continuer à agir et même développer leur action. Cela est dû, sans doute, à la ténacité et à l'ingéniosité de leurs dirigeants, mais il a bien fallu également une certaine compréhension des autorités compétentes. La réglementation a, en fait, cédé, souvent, il faut le dire, à la suite de démarches personnelles, en faisant valoir les services rendus ou l'autorité morale et internationale des dirigeants des associations.

Bien des difficultés disparaîtraient si les services administratifs compétents avaient une liste d'associations internationales dignes de bénéficier du meilleur traitement compatible avec la réglementation en vigueur et l'on pourrait limiter les obligations des Etats contractants à l'établissement de cette liste et à sa communication, avec les instructions appropriées, aux fonctionnaires compétents.

Il ne paraît pas possible de faire plus, tout régime d'immunités pour les dirigeants est, notamment, à écarter. Il conduirait à des abus qui pourraient avoir des répercussions dangereuses pour les situations où les immunités sont véritablement utiles, ainsi que le fait observer M. Max Huber.

VII.

B. *L'attribution du statut international*

L'attribution du statut international ainsi défini suppose en premier lieu la détermination des associations d'initiative privée susceptibles d'en bénéficier.

Le projet de 1923 (art. 2) comportait référence à quatre caractères : association de caractère privé, sans esprit de lucre, accessible aux sujets et collectivités de plusieurs pays et poursuivant un but d'intérêt international.

Les réponses faites au questionnaire du rapporteur montrent que certaines difficultés subsistent sur ce point.

L'accord paraît réalisé pour l'exclusion des associations à but politique et des entreprises à but lucratif, mais M. Max Huber signale que la décision est « moins aisée pour celles qui ont un but économique comme les associations syndicales et patronales et les chambres de commerce, notamment leurs organisations internationales ». Il indique également que « les

organisations politiques comme l'Internationale socialiste, l'Internationale libérale, la Fédération syndicale mondiale peuvent aussi être considérées comme à la limite des associations éligibles ».

Le problème ainsi posé serait particulièrement délicat s'il s'agissait d'attribuer le statut international à toutes les associations rentrant dans la définition conventionnelle ; il cesse de l'être au même degré dans la mesure où une discrimination peut être opérée entre elles.

En ce qui concerne la structure même des groupements, M. Max Huber se demande s'il faut admettre seulement des associations de personnes naturelles et aussi de personnes morales ou également des fondations avec des buts similaires... Le Conseil œcuménique est-il une association ? et les Eglises ? Et il se déclare favorable à un système qui permettrait de faire bénéficier certaines fondations du statut international.

La structure des associations internationales a fait l'objet de recherches fort minutieuses de M. Lyman Cromwell White dans son ouvrage *The structure of private international organization*. Publié en 1933, il conserve tout son intérêt et peut être utilement complété par le volume d'informations concernant les organisations non gouvernementales ayant statut consultatif, préparé par le Secrétariat des Nations Unies.

M. L. C. White distingue les organisations qu'il qualifie d'inter-nationales : elles sont composées d'organisations nationales comprenant des groupes locaux ou des individus, ou encore de plusieurs groupes locaux ou nationaux dans chaque pays. C'est la structure de l'Institut des relations du Pacifique, de la Chambre de commerce internationale, de l'Union interparlementaire. Un autre type est l'organisation composée elle-même d'organisations internationales (Union des associations internationales, Comité de liaison des organisations féminines). D'autres groupements comprennent exclusivement

des individus de plusieurs nationalités. M. L. C. White les qualifie de cosmopolites et cite, outre l'Institut de droit international, le Comité olympique international.

Enfin existent de nombreuses combinaisons entre les types : organisations comprenant des groupements nationaux et internationaux (Y.M.C.A.), ou des individus et des groupes nationaux (Comité maritime international), ou des individus, des groupes nationaux et des groupes internationaux (Organisation olympique), etc.

Il paraît indispensable, en présence de cette situation de fait, de viser, ainsi qu'il avait été fait en 1923, les associations de personnes et de groupes.

Peut-être conviendrait-il d'indiquer expressément qu'il s'agit toujours d'une organisation volontaire, ce qui distingue l'association de l'Eglise ou de la plupart des Eglises. Par contre, rien ne paraît s'opposer à ce qu'entre des Eglises se crée une association comme le Conseil œcuménique des Eglises. Doit-on, en ce qui touche la structure, aller plus loin et viser dans le projet les fondations dont le but peut être similaire à celui des associations internationales ? M. Max Huber, qui le suggère, insiste sur les services que celles-ci sont susceptibles de rendre.

Pour les fondations, celles qui existent dans un but international sont, sans doute, toujours constituées conformément à une loi nationale et le problème qui se pose à leur sujet est celui de l'octroi de droits à une personne morale étrangère. Peut-être pourrait-on rapprocher leur situation de celle des associations. Mais il pourrait paraître utile d'établir par convention un régime juridique propre à des fondations d'intérêt international qui n'auraient pas à se rattacher au préalable à un régime national. Le problème est alors beaucoup plus délicat et il s'écarte certainement de l'objet même proposé à la seizième Commission.

Un autre point touchant la détermination des associations

éligibles a été abordé : c'est le critère du caractère *international.* Doit-on se limiter *au but* international du groupement ? M. Borel le suggère en songeant au Comité international de la Croix-Rouge qui n'admet que des membres du pays dont il a reçu la personnalité juridique.

Il n'est pas douteux que cet exemple est fort suggestif, mais il faudrait être certain que le Comité international de la Croix-Rouge peut recueillir des facilités nouvelles de la convention à conclure pour employer une formule s'adaptant exactement à sa situation. L'existence et les services du Comité ont déjà été reconnus par des conventions internationales. Sa condition est donc très particulière et exceptionnelle.

Une formule trop générale, comme celle qui est suggérée, présenterait l'inconvénient de provoquer l'aspiration au statut international de groupements innombrables.

M. Max Huber pose enfin la question des associations qui, par leur composition ou leur but, s'étendent à un nombre limité d'Etats et même à deux seulement. Peut-on admettre pour elles le bénéfice du statut international ?

Il est évident que de tels problèmes ne peuvent trouver de solution dans une définition, si précise soit-elle. Si l'on veut que le statut international comporte des avantages appréciables, son attribution doit faire l'objet d'un choix.

VIII.

Le projet de 1923 comportait attribution du statut spécial défini dans la convention à toutes les associations répondant à la définition de l'article 2 qui procédaient à une déclaration, sous réserve du droit d'opposition d'un des Etats contractants contre lequel l'association en cause avait un recours devant la Cour permanente de Justice internationale.

Il a été déjà indiqué que le problème en examen est celui de l'octroi d'un statut exceptionnel dit statut international. Il implique discrimination comme l'octroi du statut consultatif. Il paraît impossible, dans l'état présent des relations internationales, de faire procéder à ce choix par un organe politique prenant ses décisions à la majorité. Chaque Etat doit conserver à cet égard une pleine liberté de décision.

Les inconvénients d'un tel système sont évidents : il oblige les associations à des démarches multiples, il n'assure pas l'uniformité de statut sur le territoire des Etats parties à la convention, la condition des associations internationales est à la discrétion des autorités de l'Etat. On peut considérer qu'il n'ajoute rien à l'état actuel des choses où chaque Etat peut toujours concéder des droits à une personne morale étrangère.

Il est possible, cependant, de stipuler dans la convention à intervenir un régime spécial de reconnaissance pour les associations « de notoriété internationale », un régime qui les distingue de toutes les associations étrangères, que certains législateurs considèrent avec défaveur.

On peut également prévoir que les Etats signataires de la convention se concerteront périodiquement pour adopter, dans la mesure du possible, une attitude commune à l'égard des associations candidates au statut international.

Enfin, on peut organiser une publicité adaptée pour faire connaître périodiquement les associations auxquelles le statut international aura été accordé par des Etats parties à la convention. Le soin de cette publicité pourrait être confié soit au Secrétaire général des Nations Unies, soit au gouvernement belge en lui donnant la faculté de se décharger de ce soin sur un organisme agréé par les Etats contractants, organisme qui pourrait être l'Union des associations internationales.

Une publicité pourrait également être organisée autour des

facilités plus grandes que celles prévues dans la convention qui pourraient être bénévolement octroyées par un Etat.

Sur ces bases, l'Institut serait en mesure de suggérer un projet de convention, modeste sans doute, mais qui ferait apparaître la notion d'un statut juridique spécial applicable à des associations d'importance et de notoriété internationales alors même qu'elles n'ont pas de statut national. Sans doute aboutirait-on à une discrimination entre associations et Sir Eric Beckett envisage cette éventualité avec appréhension ainsi que la compétition qui serait ainsi provoquée.

Ces inconvénients certains doivent-ils conduire à abandonner le sujet de recherche ? Sir Eric Beckett considère que l'Institut ne devrait pas présenter de projet qui ne serait pas accepté par les Etats et qui, par suite de la sélection opérée, agirait à l'encontre du but fondamental : faciliter sur le plan mondial la liberté d'expression.

Il apparaît toutefois qu'en dépit des difficultés de la matière, les recherches doivent être poursuivies ; le problème est actuellement discuté par d'autres groupements et les associations intéressées n'excluent pas l'idée d'une discrimination. Celle-ci existe en droit interne, au moins dans certaines législations, et il ne paraît pas qu'elle ait entravé le développement des associations.

Elle paraît indispensable dès lors qu'il s'agit d'attribuer des avantages spéciaux, si l'on veut prendre en considération l'extraordinaire prolifération des associations internationales et la diversité de leurs mérites.

La procédure proposée, en offrant toute garantie aux Etats, créerait cependant entre eux une émulation qui serait entretenue par l'action des représentants des associations.

B.

Projet provisoire de Résolutions

L'Institut de Droit international,

Reconnaissant qu'une activité d'une importance internationale exceptionnelle est exercée par des associations d'initiative privée ;

Constatant que leur situation juridique reste incertaine, qu'elles soient constituées conformément à une loi nationale ou qu'elles n'aient aucune attache juridique avec un pays déterminé ;

Soucieux de permettre, par une procédure appropriée, leur accès à un régime juridique défini, aussi favorable que possible, ainsi que l'octroi à leur profit de facilités administratives de nature à permettre leur activité internationale ;

Recommande que les dispositions suivantes soient insérées dans une convention internationale :

Ce préambule aurait pour objet de marquer qu'il s'agit d'établir un régime particulier à raison de l'importance de certaines associations, qu'elles jouissent ou non d'un statut national.

Article premier

Chacune des Parties contractantes s'engage à reconnaître aux associations internationales qu'elle désignera à cet effet les droits définis aux articles 7 et 8.

Cette disposition contient la règle fondamentale suivant laquelle ce sont les Etats qui détermineront, chacun en ce qui le concerne, les groupements bénéficiaires du régime fixé par la convention.

Article 2

Les associations internationales visées à l'article 1er sont des groupements de personnes ou de collectivités, librement créés par l'initiative privée et poursuivant, sans esprit de lucre, un but d'intérêt international.

En omettant la mention de la nécessité de diversité dans la nationalité des membres on rend possible le bénéfice de la convention au Comité international de la Croix-Rouge et aux fondations.

Article 3

La reconnaissance de droits par application de l'article 1er peut intervenir soit au profit d'associations constituées en conformité d'une loi nationale, soit au profit d'associations sans attache juridique nationale.

Par là est affirmé le principe d'un statut juridique établi internationalement au profit de groupements restés « en l'air » et qui ne peuvent être considérés, *stricto sensu*, comme des personnes morales étrangères.

Article 4

Les associations sollicitant le statut international devront avoir des statuts indiquant avec précision :

1° leur dénomination, emblème et insignes ;

2° leur objet ;

3° leur siège temporaire ou permanent ;

4° leur composition et mode de recrutement ;

5° les droits, obligations et responsabilités de leurs membres ;

6° leur organisation, le mode d'élection ou de nomination, la compétence et la responsabilité de leurs représentants ;

7° l'administration et l'affectation de leur patrimoine ;

8° le mode de leur fonctionnement, le lieu et la périodicité de leurs réunions, le nombre et la qualité de leurs publications, et, en général, les diverses manifestations de leur activité ;

9° la procédure de révision de leurs statuts ;
10° les conditions, les formes et les effets de leur dissolution.

La procédure de désignation sera réglée par chacune des Parties contractantes. Elles se concerteront pour en assurer, dans la mesure possible, l'uniformité et en simplifier les formalités.

Elles se concerteront également pour adopter, autant que faire se pourra, la même attitude à l'égard des associations demandant le statut international.

Article 5

Une association peut se voir privée par une des Parties contractantes du bénéfice des droits visés aux articles 7 et 8 si son activité est contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux dispositions de son statut.

Article 6

Le Secrétaire général des Nations Unies est prié de recevoir et de transmettre aux Parties contractantes le nom des associations désignées par chacune d'elles en application de l'article 1er ainsi que les radiations opérées en vertu de l'article 5.

(Variante : Le gouvernement belge est chargé, dans l'intérêt commun..., etc..., article 5. Il peut, avec l'assentiment des Parties contractantes, confier l'application de cette disposition à un organisme de son choix.)

Article 7

Les associations internationales visées à l'article 1er recevront sur le territoire de chaque Partie contractante le bénéfice du traitement national le plus favorable octroyé à des associations à but non lucratif, notamment en ce qui concerne l'exercice

de leur activité, la perception des cotisations, l'acquisition et la possession des biens meubles et immeubles, le bénéfice des dons et legs.

Article 8

La liste des associations internationales visées à l'article 1er sera communiquée par chaque Partie contractante aux autorités nationales compétentes afin qu'en ce qui concerne la circulation des personnes, l'emploi de la main-d'œuvre étrangère, la transmission postale des documents, le transfert des capitaux, leur soit réservé le meilleur régime compatible avec la législation nationale en vigueur.

Article 9

Toute association internationale aura le droit de liquider ses biens situés sur le territoire de la Partie faisant usage de la faculté prévue à l'article 5 et de transférer ses fonds en utilisant les facilités prévues à l'article 8.

Article 10

Toute Partie contractante qui octroierait des facilités plus grandes aux associations internationales visées à l'article 1er en informera le Secrétaire général des Nations Unies (ou le gouvernement belge) qui fera part de cette communication aux autres Parties contractantes.

Article 11

Tout différend entre des Parties contractantes sur l'interprétation ou l'application de la présente convention sera, à la requête de la Partie la plus diligente, soumis à la Cour internationale de Justice.

ANNEXES

Questionnaire préliminaire adressé aux membres de la Commission par Mme S. Bastid

Paris, le 22 juin 1949

I. — 1) Considère-t-on comme possible et désirable d'établir au profit d'associations d'initiative privée un statut international, ces groupements cessant d'être régis par un système législatif national pour jouir d'un régime juridique prévu par une convention ?

2) Quels pourraient être les éléments de ce statut international et quels droits posséderaient les associations bénéficiaires, sur le territoire des Etats liés par la convention : reconnaissance de la personnalité juridique, droit d'exercer leur activité, droit de percevoir des cotisations, droit de posséder des biens, droit de recevoir des dons et legs, conditions d'exercice de la juridiction de l'Etat ?

3) Le statut international entraînerait-il une condition juridique spéciale pour les dirigeants et les membres des associations bénéficiaires, notamment en ce qui concerne les passeports, visas, devises, pour les déplacements afférents à l'activité de l'association ?

4) Le statut international comporte-t-il une condition juridique particulière des fonds des associations bénéficiaires pour en permettre l'utilisation suivant les besoins des groupements ?

5) Veut-on limiter l'octroi de ce statut aux associations bénéficiant du statut consultatif aux termes de l'article 71 de la Charte des Nations Unies ou en admettre la concession indépendamment des rapports avec les Nations Unies ?

6) Si on limite aux associations ayant le statut consultatif le statut international, celui-ci doit-il être de droit ou faire l'objet d'une décision spéciale ?

7) Quel est l'organe compétent pour prendre cette décision ? Le Conseil économique et social peut-il en être chargé ?

8) A quelles conditions le statut international pourrait-il être accordé ? Quid des comités de liaison ayant le statut consultatif ?

9) Qui exercerait un contrôle sur ces associations et qui pourrait éventuellement provoquer leur dissolution ?

10) Si l'on admet la possibilité d'un statut international attribué indépendamment du statut consultatif, le système de la déclaration est-il concevable ?

11) Si le système de l'autorisation paraît préférable, quel organe doit être appelé à se prononcer : organe judiciaire, politique, organe existant, organe à créer ?

12) Quelles conditions doivent être requises des associations candidates au statut international ?

13) Qui peut exercer un contrôle sur leur activité et qui peut éventuellement provoquer leur dissolution ?

14) Faut-il laisser à un Etat la faculté de s'opposer à l'exercice de droits sur son territoire par une des associations possédant le statut international, sans dénoncer la convention ?

15) L'octroi du statut international doit-il comporter disparition sous tous les aspects du statut sur la base duquel l'association considérée a fonctionné jusque là ?

II. — 16) Considère-t-on qu'il convient de se borner à donner par convention, à certaines associations constituées suivant la loi d'un Etat signataire, la possibilité de revendiquer, sur le territoire des autres signataires, le bénéfice des traitements nationaux ou certains avantages définis ?

17) Quels avantages pourraient être prévus au profit des associations bénéficiaires ?

a) régime légal, assimilation aux associations nationales les plus favorisées au point de vue des cotisations, de la propriété des biens, des dons et legs ;
b) facilités de déplacement pour les membres de l'association : passeports, visas, devises ;
c) possibilité de transférer des fonds destinés aux buts de l'association ;
d) emploi de main-d'œuvre étrangère ;
e) conditions d'envoi des documents.

18) Est-il possible, sur les points *b*, *c*, *d*, *e*, d'établir pour les Etats des obligations définies ou doit-on se borner à stipuler le traitement le plus favorable ?

19) A quelles associations seraient octroyés ces avantages ? Aux associations possédant le statut consultatif ? Sur leur demande et *ipso facto* ? Par une décision spéciale ? Quel organe serait compétent ? A toutes les associations présentant certains caractères ? Sur leur demande et *ipso facto* ? Par une décision spéciale ? Quel organe serait compétent ?

20) Un Etat signataire de la convention pourrait-il, sans la dénoncer, s'opposer à l'exercice sur son territoire par une association donnée, des droits prévus ?

III. — 21) Convient-il d'envisager un système mixte : certaines associations bénéficiant du régime prévu aux paragraphes 16 et suivants, mais possédant des facultés exorbitantes du droit commun pour assurer le transfert de leurs fonds, soit par un recours à la Banque des Règlements internationaux, soit par la constitution d'un organisme spécial chargé de la gestion des fonds des associations adhérentes ?

Observations des membres de la Commission en réponse au questionnaire de Mme S. Bastid

1. Réponse de M. L. Babiński

Le 27 septembre 1949

Madame,

Après avoir étudié votre exposé préliminaire et le questionnaire y joint sur les conditions d'attribution d'un statut international à des associations d'initiative privée, je me permets de formuler mes observations ainsi que mes réponses au questionnaire.

Les observations sont destinées à servir d'introduction aux réponses. Je commence donc par les exposer.

La fédération mentionnée à la page 1 de l'exposé peut revêtir au moins deux formes : une suivie par l'International Law Association (branches régionales rentrant pourtant dans le cadre général de l'organisme central) à la base des art. XI et I des statuts ; l'autre suivie par le Comité maritime international (simple collaboration des groupements nationaux à buts identiques).

Le Conseil économique et social distingue, à ce que je sache, trois (et non deux) catégories d'associations qui collaborent de façon permanente avec lui (page 2 de l'exposé).

Je me prononce — provisoirement au moins — pour la solution qui prend pour point de départ la conclusion d'une convention internationale spéciale, déterminant le statut juridique des associations en cause.

Je crois ensuite — provisoirement au moins — que la création, l'existence juridique, le contrôle international, etc., des associations en cause devraient être envisagés dans le cadre

des compétences actuelles et à venir du Conseil économique et social de l'O.N.U. Quant au problème de l'introduction, avec les nouvelles associations, d'un nouveau sujet dans la société internationale, je considère l'idée comme prématurée (page 6 de l'exposé).

Je passe aux réponses détaillées en suivant l'ordre du Questionnaire, en me limitant évidemment, vu mon exposé qui précède, aux questions 1 à 15.

1) Considère-t-on comme possible et désirable d'établir au profit d'associations d'initiative privée un statut international, ces groupements cessant d'être régis par un système législatif national pour jouir d'un régime juridique prévu par une convention ?

R. — Oui.

2) Quels pourraient être les éléments de ce statut international et quels droits posséderaient les associations bénéficiaires, sur le territoire des Etats liés par la convention : reconnaissance de la personnalité juridique, droit d'exercer leur activité, droit de percevoir des dons et legs, conditions d'exercice de la juridiction de l'Etat ?

R. — Tous les bénéfices mentionnés ci-dessus, à l'exception du dernier, la juridiction de l'Etat territorial devant rester pleine et entière.

3) Le statut international entraînerait-il une condition juridique spéciale pour les dirigeants et les membres des associations bénéficiaires, notamment en ce qui concerne les passeports, visas, devises, pour les déplacements afférents à l'activité de l'association ?

R. — Sous forme de recommandation et non en tant qu'obligation pour les Etats particuliers.

4) Le statut international comporte-t-il une condition juridique particulière des fonds des associations bénéficiaires pour

en permettre l'utilisation suivant les besoins des groupements ?

R. — Oui.

5) Veut-on limiter l'octroi de ce statut aux associations bénéficiant du statut consultatif aux termes de l'article 71 de la Charte des Nations Unies ou en admettre la concession indépendamment des rapports avec les Nations Unies ?

R. — Les deux catégories ne sont pas nécessairement identiques ; un examen nouveau et particulier s'imposerait.

6) Si on limite aux associations ayant le statut consultatif le statut international, celui-ci doit-il être de droit ou faire l'objet d'une décision spéciale ?

R. — Décision spéciale. (Voir point précédent.)

7) Quel est l'organe compétent pour prendre cette décision ? Le Conseil économique et social peut-il en être chargé ?

R. — Le Conseil économique et social.

8) A quelles conditions le statut international pourrait-il être accordé ? Quid des comités de liaison ayant le statut consultatif ?

R. — Activité internationale, diversité de nationalité chez les membres. Exclusion des associations à caractère politique.

9) Qui exercerait un contrôle sur ces associations et qui pourrait éventuellement provoquer leur dissolution ?

R. — Le Conseil économique et social.

10) Si l'on admet la possibilité d'un statut international attribué indépendamment du statut consultatif, le système de la déclaration est-il concevable ?

R. — Non.

11) Si le système de l'autorisation paraît préférable, quel organe doit être appelé à se prononcer : organe judiciaire, politique, organe existant, organe à créer ?

R. — Système de l'autorisation. Le Conseil économique et social.

12) Quelles conditions doivent être requises des associations candidates au statut international ?

R. Voir point 8 — détails et développement réservés.

13) Qui peut exercer un contrôle sur leur activité et qui peut éventuellement provoquer leur dissolution ?

R. — Le Conseil économique et social.

14) Faut-il laisser à un Etat la faculté de s'opposer à l'exercice de droits sur son territoire par une des associations possédant le statut international, sans dénoncer la convention ?

R. — Oui.

15) L'octroi du statut international doit-il comporter disparition sous tous les aspects du statut sur la base duquel l'association considérée a fonctionné jusque là ?

R. — Oui.

La réponse formulée ci-dessus est donnée sous réserve de l'examen ultérieur par moi du projet du Comité d'étude, mentionné à la page 2 de l'exposé de M^me^ Bastid, étant donné qu'il m'a été impossible d'en prendre connaissance.

Veuillez agréer, Madame, l'assurance de ma considération très distinguée.

Léon Babiński

2. Observations de M. Eugène Borel

Genève, le 20 octobre 1949

I.

A lire le titre, on pourrait croire que le principe d'un statut international est déjà acquis et qu'il ne s'agit que de déterminer les conditions d'admission. Ainsi que le constate d'emblée l'excellent rapport dont nous sommes saisis, ce principe même est à examiner en premier lieu et c'est également à cet égard que notre rapporteur a mis en relief toute l'ampleur et la complexité du problème à l'ordre du jour.

Il s'agit non pas d'un problème de doctrine à étudier et résoudre dans la sereine liberté de la recherche scientifique, mais bien d'une véritable et importante innovation affectant, non seulement l'état actuel du droit international, mais aussi la législation et la pratique internes dans chaque Etat. La tâche est délicate et qui veut la mener à bien doit tout d'abord tenir compte des données de la réalité et des leçons de l'expérience. Quelque intérêt que mérite l'activité croissante de groupements d'initiative privée dans le domaine de la coopération internationale, ni l'art. 71 de la Charte de l'O.N.U., ni l'avis consultatif du 11 avril 1949 ne permettent de conclure qu'on puisse dès aujourd'hui fonder sur le droit international en vigueur le statut international envisagé. C'est du consentement des Puissances signataires de la Charte que l'O.N.U. elle-même tient le sien et c'est également de la volonté des Etats que dépend le sort du problème ici en cause [1]. Recherchons donc, et tout d'abord, ce qu'à cet égard la situation actuelle nous enseigne.

[1] Je le rappelais déjà en 1923 (*Annuaire*, vol. 30, p. 356).

II.

Ainsi que le constate le rapport, sur le plan international le projet de Bruxelles est demeuré sans effet. Faut-il croire que, pendant les quinze ans écoulés avant la dernière guerre, ni la Société des Nations ni les gouvernements n'ont eu le temps d'y prêter attention ? Ou leur abstention ne s'explique-t-elle pas par la répugnance des gouvernements à s'engager dans la voie proposée ? Que, depuis lors, dans l'état où la dernière guerre a laissé le monde, les populations affamées de paix éprouvent l'ardent désir de revoir sous l'empire du droit le rétablissement d'une vie internationale normale, rien de plus incontestable. C'est à quoi tendent précisément l'activité poursuivie en vertu des art. 53-72 de la Charte des Nations Unies et les efforts des organisations non gouvernementales visées par l'art. 71. Mais de là à croire que dès aujourd'hui la société internationale va au devant d'une « structure nouvelle », au sein de laquelle le « rôle de l'Etat » sera « diminué », il y a un pas difficile à franchir. En tous pays le pouvoir de l'Etat s'est formidablement accru, les tâches et les compétences de ses organes sont décuplées. Dans nombre d'Etats (pour ne pas dire plus) règne encore une politique de dirigisme qui agit également dans le domaine international. Avec raison, le rapport signale les entraves apportées au commerce par le régime des contingents et le système du clearing. De même, sous l'empire de traités théoriquement maintenus de peur d'une *reformatio in pejus*, la circulation des personnes est subordonnée, entre plusieurs Etats, à la nécessité d'un visa, que l'autorité compétente accorde ou refuse en toute liberté. Non, le rôle de l'Etat dans la vie internationale n'a pas diminué et ne paraît pas en voie de réduction.

Plus grave encore — au point de vue des obstacles à envisager ici — est l'état d'après guerre, dont, malheureusement, on ne

voit pas la fin. Les anciens belligérants n'ont pas encore pu rétablir juridiquement la paix et malheureusement on ne voit que trop la cause profonde, initiale de l'impuissance où se débattent les efforts tentés pour y parvenir. Plus nettement que jamais se manifeste l'irréconciliable antagonisme des deux systèmes politiques en présence aujourd'hui, antagonisme dont un des effets est de créer, dans chaque Etat, une invincible méfiance à l'égard de toute influence politique étrangère, de toute action de propagande venant du dehors. C'est là que réside le principal obstacle au projet repris aujourd'hui. D'emblée M. Politis avait insisté sur le fait qu'il ne visait que les associations s'interdisant toute action politique, et le projet de 1923 reconnaissait à chaque Etat signataire :

a) le droit de refuser la reconnaissance de personnalité juridique à une association « si la nature de son objet ou les qualités de ses représentants lui paraissent constituer un danger pour l'ordre public » (art. 7, al. 1er) ;

b) le pouvoir de prononcer, par voie d'autorité, la déchéance de la personnalité juridique d'une association reconnue « si, s'écartant de son but, elle poursuit, dans un ou plusieurs pays, une activité contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs de ces pays ».

Mais il était bien risqué de croire que, malgré l'autorité morale de la Cour permanente de Justice et la confiance qui l'entoure à juste titre, les Etats consentiraient à soumettre à sa décision souveraine une question touchant l'ordre public national. Aujourd'hui plus encore qu'en 1923 cet espoir paraît, si ce n'est vain à jamais, du moins très prématuré.

Ce qui complique encore les choses, c'est que, dans les manifestations de l'antagonisme mentionné plus haut, on ne s'entend plus sur le sens des termes couramment employés entre autres pour afficher le but et le programme d'action

poursuivis, d'où un redoublement inévitable de la prudence, de la réserve des gouvernements à l'égard de ce qui vient du dehors.

III.

Voilà l'obstacle, dont il serait vain de méconnaître l'existence et la gravité. Il n'en faut nullement conclure que rien n'est à faire. Deux voies sont ouvertes :

1. Au delà du présent on peut s'attacher à une œuvre d'avenir, en opposant à ce qui est ce qui devrait être, dans tout ce qui est ainsi embrassé et réclamé. Mais cela suppose entre la vie internationale et le régime juridique national un déplacement de valeur et de force, dont l'heure, si elle vient, ne peut être que très lointaine.

2. Laisser à l'avenir le temps de faire son œuvre et, en attendant, rechercher et préciser ce qui aujourd'hui paraît réalisable, compte tenu de la situation actuelle et des difficultés signalées ci-dessus.

Si l'on préfère cette seconde voie, pour aboutir à un résultat utile, l'essentiel est de gagner la confiance des Etats disposés, en principe, à s'y engager eux-mêmes, en leur offrant un projet qui leur conserve la possibilité d'agir librement et en connaissance de cause à l'égard de toute association sollicitant la reconnaissance de sa personnalité juridique. La première condition est donc d'éliminer un recours auprès de la Cour permanente de Justice internationale. En même temps et par le fait d'une connexité évidente, il convient de renoncer à l'idée de créer en dehors du droit national un statut international en faveur de toute association disant poursuivre un but d'intérêt international. A cet égard les objections formulées par Lord Phillimore et d'autres confrères (Annuaire 1923, p. 98 ss., 354 ss.) expriment certainement la pensée de la

plupart des gouvernements et signalent une pierre d'achoppement qui empêchera nombre d'Etats, bien disposés en principe, de signer un accord consacrant un statut extraétatique — si ce n'est superétatique — et par là un privilège en regard de leurs propres nationaux devant la loi. En veut-on la preuve ? Du statut envisagé découlera pour tout délégué ou membre de l'association désireux de prendre part à une réunion le droit de franchir librement la frontière de chaque Etat signataire, alors que, dans nombre de ces derniers, cette liberté dépend d'une autorisation spéciale accordée ou refusée *intuitu personae*. Il est compréhensible que cela paraisse difficile à accepter. Autre exemple : Dans les pays dont la loi générale soumet à l'agrément du gouvernement les dons et legs à des personnes morales, comment pourrait-on réclamer une dispense en faveur des associations internationales et créer en leur faveur un privilège contraire à l'égalité devant la loi ?

Ce que doit assurer la reconnaissance de la personnalité juridique c'est, en tous domaines, la capacité d'agir et la protection des lois au même titre que toute personne physique de la même nationalité. L'égalité avec les propres nationaux de l'Etat accordant la reconnaissance sera la règle, mais ne saurait être complète, le régime des visas, des devises, etc. demeurant respecté.

IV.

D'une manière plus générale, mieux vaut conserver comme point de départ l'état de droit actuellement en vigueur. L'association désireuse de posséder la personnalité juridique l'acquiert en se constituant sur le territoire d'un Etat et en conformité de sa loi nationale. C'est de cette personnalité ainsi obtenue qu'il s'agit d'assurer la reconnaissance par les autres Etats. Ainsi, pendant près d'un demi-siècle, le Comité international

de la Croix-Rouge, fondé à Genève, avait pu déployer utilement son activité sans autre base que sa mission et la nationalité neutre, ainsi que la valeur personnelle de ses membres ; et pourtant, en 1921, il a reconnu la nécessité d'acquérir un statut juridique, qu'il s'est donné en se constituant association sous l'empire de la loi suisse.

V.

Dans les conditions actuelles l'accord à rechercher ne sera guère accepté que par les Etats entre lesquels une parenté de vues en matière de système politique (p. 33 ci-dessus) établit d'emblée l'atmosphère de confiance réciproque nécessaire ; d'autre part, les associations sollicitant le bénéfice de la convention ne seront vraisemblablement pas nombreuses au point de rendre indispensable la création de la commission internationale prévue par le projet de 1923. On peut cependant en justifier le maintien par le fait que, grâce à son rôle, les gouvernements recevront avis officiel, avec documents à l'appui, de l'intention de toute association de faire reconnaître sa personnalité juridique acquise ailleurs, et seront ainsi mis en mesure d'intervenir s'ils le jugent nécessaire. De plus, l'on obtiendrait ainsi pour l'ensemble des Puissances signataires la réglementation uniforme de cette question de reconnaissance de sociétés étrangères, aujourd'hui résolue différemment selon la loi, la jurisprudence ou la pratique des divers pays.

VI.

Pour le surplus, le projet ne devrait pas dépasser les limites tracées à celui de Bruxelles, car il est certain que plus on en multiplie les dispositions, plus diminuent les chances d'acceptation de la part des gouvernements. Dans ce cadre restreint, ce que prévoyait le projet de 1923 mérite d'autant plus d'atten-

tion qu'il était issu d'une étude et d'une discussion approfondies. Tout au plus conviendrait-il de modifier l'article 2, ainsi qu'avec raison le suggère notre rapporteur.

Le critère essentiel de l'association internationale, c'est le but d'intérêt international poursuivi par elle. Assurément, dans la grande majorité des cas, elle sera ouverte à des personnes de différents pays et elle en comptera dans son sein. Mais — le Comité international de la Croix-Rouge en est l'exemple — une association peut poursuivre utilement un but d'intérêt international tout en n'admettant et en ne comptant que des membres du pays dont elle a reçu la personnalité juridique.

Eugène Borel

3. Observations by Sir Eric Beckett

September 16, 1949

I have read with the greatest interest and admiration the preliminary note prepared by the Rapporteur of the 16th Commission, Madame Professeur Bastid. The subject is non-governmental organisations brought into being by private initiative for the purpose of supporting some cause or other, which are international in character in the sense that they support their cause throughout the world disregarding nationality and political frontiers. The question is whether steps should be taken by international convention or otherwise to improve the position of these organisations and facilitate the carrying on by them of their task.

2. Such organisations are already extremely numerous. Their numbers must already run into many hundreds and their potential number is legion. The causes which they support may be religious, political, social, humanitarian, scientific, medical or commercial. While some of them support causes which are non-controversial in the sense that they are causes which must commend the approval of almost everyone, the great majority of them support causes which are controversial. This is illustrated by the fact that in a very large number of cases an organisation supporting a certain cause is opposed by another organisation supporting the opposite. An organisation for the support of prevention of disease by prophylactic measures such as inoculation or vaccination is opposed by an anti-vaccination society. Organisations which support the regulation of families by birth control are opposed by religious or other societies on the ground that the doctrines of the former are contrary to religion. In other cases there are two organisations both advocating the same cause but bitter rivals of each other. Further, while some bodies already have a

wide-world reputation, such as the International Red Cross, others are approved in certain circles and regarded in others as most deleterious to society.

3. All persons who believe in freedom of thought, expression and association as fundamental human rights will naturally be attracted at first by proposals to diminish the difficulties of non-governmental organisations of an international character in general and irrespective of the particular causes which they support.

4. It would seem that the essential requirements of these organisations are :

(1) freedom of association and freedom to propagate their cause ;
(2) recognition of their ability to hold funds and property and to contract ;
(3) freedom of their representatives to travel over the world ; and
(4) freedom to move their funds from one country to another.

5. In a world, where the elementary freedoms of thought, expression and association are recognised, where travel is reasonably free and which is not troubled by rigorous exchange regulations, the present writer considers that these non-governmental organisations would already have all the facilities which are reasonably necessary for their purpose and there would be insufficient practical reasons for the Institute to propose any special measures to alleviate their condition, since the Institute should not propose elaborate measures by way of international convention or otherwise which are not sufficiently justified on practical needs. People who are middle-aged to-day have, the present writer thinks, known a world which was sufficiently free and untrammelled as to

create no sufficient cause for any international action to alleviate the condition of these organisations. But it is true that to-day the world is less free and less untrammelled.

6. In order to consider whether there is a case to-day for recommending international action, it may be desirable to consider in turn each of the four fundamental requirements mentioned in paragraph 4 above as essential for organisations of this character.

7. The first requirement was " freedom of association and freedom to propagate their cause ". What is involved here is the recognition of two fundamental human rights, both of them mentioned in the Declaration of the United Nations and each of them the subject of an Article in the Covenant of Human Rights which is under study by the Human Rights Commission. The texts of these Articles are quoted in the footnote below[1]. Though no doubt they are very defective

---

[1] Universal Declaration of Human Rights, Article 19 : " Everyone has the right to freedom of opinion and expression ; this right includes freedom ... to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers. "

Article 20 (1) : " Everyone has the right to freedom of assembly and association. "

Draft Covenant on Human Rights (E/1371) : 23rd June 1949 :

Article 16 : " 1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion ; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance.

2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are pursuant to law and are reasonable and necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others. "

Article 17 : " 1. Every person shall have the right to freedom of thought and the right to freedom of expression without interference by govern-

in precision and drafting, in fact they cover the essentials of the matter. Moreover, the Council of Europe may perhaps produce better texts on this subject. In any case it is clear that it would be pointless to envisage an international convention relating to these organisations for the sole purpose of securing this, their most fundamental and elemental requirement. Those states which believe in these freedoms of expression and association will accept obligations of this kind in the Covenant of Human Rights or in the Council of Europe and grant them to these organisations, and those states which do not accept these freedoms are opposed to the elemental basis of the whole of the matter which we are now considering and will certainly not accept any convention which the Institute might propose.

8. I now turn to the second requirement (recognition of their ability to hold funds and property and to contract).

---

mental action ; these rights shall include freedom to hold opinions, to seek, receive and impart information and ideas, regardless of frontiers, either orally, by written or printed matter, in the form or art, or by legally operated visual or auditory devices.

2. The right to freedom of expression carries with it duties and responsibilities and may, therefore, be subject to penalties, liabilities or restrictions clearly defined by law, but only with regard to :

(a) matters which must remain secret in the interest of national safety ;
(b) expressions which invite persons to alter by violence the system of Government ;
(c) expressions which directly incite persons to commit criminal acts ;
(d) expressions which are obscene ;
(e) expressions injurious to the fair conduct of legal proceedings ;
(f) infringements of literary or artistic rights ;
(g) expressions about other persons natural or legal which defame their reputations or are otherwise injurious to them without benefiting the public ;
(h) the systematic diffusion of deliberately false or distorted reports which undermine friendly relations between peoples and states.

As the Rapporteur has indicated in her note, in one way or another the existing organisations have obtained the rights to hold funds and property and to contract. They have done it in a variety of ways. Sometimes by forming under the municipal law of one country or another a definite juridical entity—others by less formal means such as the creation of trusts under Anglo-Saxon laws or fundations under continental laws. As under elementary principles of private international law, a juridical entity created under the law of one country is recognised as a juridical entity by the law of other countries and as having the capacity to exercise the rights to hold property and to contract which every legal person enjoys, the present writer is disposed to doubt whether under this heading these organisations are meeting even to-day with substantial difficulties. It may be true that some of them might prefer to stress their international character by not creating a juridical

---

A State may establish on reasonable terms a right to reply or a similar corrective remedy.

3. Measures shall be taken to promote the freedom of information through the elimination of political, economic, technical and other obstacles which are likely to hinder the free flow of information.

4. Nothing in this Article shall be deemed to affect the right of any State to control the entry of persons into its territory or the period of their residence therein. "

Article 19 : " 1. Everyone has the right to freedom of association with others.

2. This freedom shall be subject only to such limitations as are pursuant to law and which are necessary for the protection of national security, public order, public safety, health or morals, or the fundamental rights and freedom of others.

3. National legislation shall neither prejudice, nor be applied in such a manner as to prejudice, the guarantees provided for in the International Convention on Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, in so far as State parties to that Convention are concerned. "

entity under the law of some particular country, but the present writer does not consider that this desire alone is sufficient ground for proposing an elaborate international convention. The work of the International Red Cross has not apparently suffered from the fact that it is a Swiss juridical entity and in fact the truly international character of the organisation is judged by the manner in which it is in fact controlled and by the work which it does.

9. I will now turn to the third and fourth requirements, namely : freedom of their representatives to travel over the world and freedom to move their funds from one country to another. Now it is probably true that in the conditions of to-day these organisations are subject to restrictions under both these heads which are very hampering in their work. If the Institute, therefore, is to recommend international action in the interests of those organisations, the practical reason for the proposal will be to alleviate the restrictions on them in one or both of these matters. We have to consider, therefore, whether it seems sufficiently probable that states would be prepared to conclude conventions in the interests of the organisations dealing satisfactorily with these two restrictions. In considering this it is first necessary to realise, as the Rapporteur has done, that, since the organisations are potentially legion in number and since a privileged status is contemplated, only a limited number of organisations can expect to benefit. This involves machinery for picking and choosing and separating the favoured from those which are thought not to be sufficiently deserving.

10. As the Rapporteur has frankly recognised, this is a very great initial difficulty. She has called attention to Article 71 of the Charter and the action of the Economic and Social Council in admitting to consultative status non-governmental organisations. She has even suggested as a last resort that it

might be necessary to take the admission by the Economic and Social Council of consultative status as the criterion for deciding which organisation should benefit and those which it should not. It seems to the present writer, however, that this would be most unsatisfactory. In the first place the Economic and Social Council is not even interested in many of the fields in which there are possibly deserving non-governmental organisations and this is still the case to some extent, if one includes those organisations which are in some way recognised by specialised agencies of the United Nations. Further, the Economic and Social Council can grant consultative status to organisations which are national rather than international in character. Its acceptances and rejections which are decided by a majority vote are greatly influenced by political and other prejudices. Moreover, if we take even those which have been admitted, we find amongst them organisations of a character so controversial politically, that it is doubtful whether even those countries that most believe in fundamental human rights and which in consequence give them freedom to publish and propagate their doctrines, would feel justified in extending them special privileges in the matter of entry of individuals and of transferring funds over the exchange.

11. Though other machinery could be designed, there would still be a dilemma. On the one hand, as the Rapporteur has justly remarked, it is doubtful whether any Government would bind itself to give these special facilities to every non-governmental organisation which was deemed to be qualified by some international procedure involving a majority vote. It would feel it necessary to reserve its freedom of action in individual cases.[1] But the reservation of cases would in fact

[1] Even liberally minded countries are unlikely, for instance, to commit themselves to admit to their territory any individual who happens to be

be virtually fatal to the whole scheme. On the other hand, admission of an organisation only on the basis of unanimity of all the contracting parties would probably be equally unsatisfactory because probably some of the most deserving organisations would be vetoed and others of no particular merit would be accepted merely because they were non-controversial.

12. Moreover, the grant of a privileged status to some and the exclusion of others at once creates the most violent competition amongst the organisation. This has already been seen in a minor degree before the Economic and Social Council. If it elevates the position of those who have been admitted, it also automatically depresses the position of others. So much is this likely to be the case that it seems to the present writer quite possible that the object, which a proposed Convention is meant to assist, would in the end be harmed rather than assisted by it.

13. In short, the present writer, though preserving an open mind on the question and most willing to admit that there are probably many aspects which he has overlooked, is disposed at first sight to consider that this proposal should not be sponsored by the Institute on the ground that it is highly improbable that a sufficient number of governments would in the present stage be ready to enter into an international convention on the subject and that if they did, its provisions would include so many powers to make individual exceptions that it is questioned if the convention would achieve anything and on the further ground that the process of selection of the favoured and the rejection of the remainder would probably do more harm to what must be the fundamental object of the whole proposal, namely to facilitate on a world-

---

the accredited representative of an approved international organisation. A recent congress of private organisations held in the U.S.A. is evidence in respect of this view.

wide basis freedom of expression and publication and freedom of association to defend by peaceful and lawful means any cause whatever. For these reasons the present writer has not answered the questions contained in the Questionnaire prepared by the Rapporteur.

14. In the preceding paragraphs, the matter has been considered from the practical point of view, namely whether, where practical difficulties confront these international associations, which there was reason to think would be removed in whole or part by an international convention which might be reasonably expected to be accepted by governments and put into force in a sufficient number of states. Having reached a negative conclusion on this point, the present writer does not advocate the Institute pursuing the matter, seeing that he considers that the influence and reputation of the Institute will be more likely to be enhanced if it advocates proposals which are likely to have some influence on practical affairs. There are so many aspects of international law to-day where there are practical needs of conventions, or at any rate authoritative studies, that it seems to the present writer rather a mistake for the Institute to devote much time to a subject which would appear to be of academic interest only.

15. Nevertheless, there may be some reason to think that those, who have in the past advocated action along these lines, have not merely had in mind practical considerations of this character. It is, for instance, to be noticed that the matter was taken up in 1910, when the conditions of freedom which have been referred to in paragraph 5 above may be said to have existed. Further, in the proceedings of the Institute of 1923 reported in Volume 30 of the Annuaire, one finds little consideration in the report of Professor Politis of the practical difficulties of these associations. Indeed, we can detect at the back of all this another idea. It would seem that Professor

Politis considered that the mere international recognition of associations of this kind was a good thing in itself, whether it produced any practical results at all. One detects a doctrine that the advancement and progressive development of international law would be furthered by the mere fact that, in principle, individuals or associations of a non-governmental character are recognised as enjoying direct rights and duties in some particular convention.

16. The Rapporteur has touched on this point on page 2, paragraph 2, of the Exposé, where she uses the following words :

> " ... participant d'une conception qui tend en définitive à diminuer le rôle de l'Etat dans la société internationale : l'article 71... "

It is, of course, not certain that this is the theory behind this Article, but there is no doubt that this theory is held by a number of eminent people, and Professor Politis, in his " Les Nouvelles Tendances du Droit International " was a great exponent of this. The present writer is in no way desirous of opposing this line of thought. Indeed, it may well be that, in the long run, some beneficial influence on the development of international law would result from the extension of some form of international personality to certain associations or to individuals. The present writer ventures to think, however, that even if this is so, the development will come about (1) by the adoption of conventions where there is sufficient real practical need for them to render it likely that they will come into force, and (2) developments by writers in the actual theory of international law. He at any rate does not think that this idea would be advanced by the Institute advocating international conventions of a kind which there is little, if any, chance of their being in fact adopted.

Eric Beckett

4. Observations de M. Max Gutzwiller

Fribourg, le 11 février 1950

I.

En formulant les quelques observations qui vont suivre, je me range à la division établie par le rapporteur. En effet, la première difficulté réside dans un *double problème de Droit comparé* (de « qualification » internationale).

1. Tout d'abord, il importe d'ancrer solidement la notion de base, qui est « l'association ». Or, les législations diffèrent assez sensiblement les unes des autres, tant en prescrivant leurs conditions d'existence et en définissant leur nature, qu'en délimitant leur domaine et leur fonction. En Droit suisse, par exemple (art. 60 CC), « les associations politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou autres qui n'ont pas un but économique acquièrent la personnalité dès qu'elles expriment dans leurs statuts la volonté d'être organisées corporativement ». C'est là un régime de liberté qui a été établi pour les associations dites « idéales ». Conformément à ce point de départ, « l'association peut choisir le régime représentatif ou le régime démocratique, étendre ou restreindre les compétences soit de l'assemblée générale, soit de la direction, dans la mesure où la loi ne s'y oppose pas » (Virgile Rossel). D'autres codes, comme le BGB allemand (§ 21) n'admettent pas ce « selfgovernment ». Les « Idealvereine », pour être inscrites, doivent se soumettre à certaines exigences de la loi. (Système dit des « Normativbestimmungen »). « Une association dont le but ne vise pas une entreprise de caractère économique, acquiert la capacité de jouissance des droits (« Rechtsfähigkeit ») par l'inscription

au registre des associations du tribunal de baillage compétent » (« Amtsgericht »). En revanche, en Droit français, l'association (qui a un but autre que de « partager des bénéfices » : art. 1 de la loi de 1901) et la « société » (Code civil, art. 1832) possèdent, quant au fond, la même structure juridique, étant toutes deux soumises aux règles sur les contrats, bien que, évidemment, « la vie de l'association, sa marche collective, toute cette spontanéité qu'elle déploie pour remplir son objet, tout cela dépasse de beaucoup la sphère du contrat initial, même si l'on veut qu'il y ait contrat » (Saleilles). Enfin, ce que la doctrine anglaise appelle l'« association not for profit » tombe sous le coup de la section première du Companies Act de 1929 (« any two or more persons, associated for any lawful purpose... form an incorporated company »).

J'entends dégager de ce qui précède les deux conclusions suivantes:

a) que la plupart des législations civiles prévoient ce que l'art. 52 I du Code civil suisse appelle des « sociétés organisées corporativement »: il paraît dès lors possible, du point de vue du Droit comparé, d'introduire dans une loi uniforme ou dans un projet de convention internationale, la notion d'« association »; à condition de la définir selon le rite anglais (« interpretation of terms »).

b) cependant, pour éviter des « différends limitrophes » extrêmement délicats, je plaiderai en faveur de ce que j'appellerais « le système von Bar » (Annuaire 25, p. 468), c'est-à-dire en faveur d'une *notion de base extrêmement restreinte*. Quelle serait, en effet, la délimitation de formules comme « les associations internationales sans but lucratif » (Bruxelles 1910; ILA 1910; Projet Politis, art. 1, Annuaire 30, p. 112) ou de celles adoptées par le Projet de 1928, art. 2 ? En Droit suisse, par exemple, la doctrine presque unanime fait rentrer dans les

« associations idéales » même certains cartels « industriels », pour autant qu'ils poursuivent des buts purement « de politique économique ». Par ailleurs, une distinction nette entre « sociétés coopératives » et « associations » paraît difficile, les coopératives n'étant certainement pas des sociétés « commerciales ». Même difficulté pour les « Mutuelles » et surtout pour les « syndicats professionnels ». Si je parle du « système von Bar », c'est parce que cet éminent Confrère ne paraissait viser, dans son projet, que les « sociétés internationales d'utilité publique ». Cette formule prête le flanc à des objections qu'on devinera. Il faudra certainement l'améliorer en restreignant clairement notre point de départ aux seules associations scientifiques, artistiques et de bienfaisance. Il sera difficile de trouver la formule qui contentera tout le monde.

2. Ensuite, *l'internationalité de nos associations.* Madame Bastid, avec raison, soulève la question de savoir « s'il convient de maintenir le cumul » des *deux* exigences (membres de plusieurs nationalités, but international). Au point de vue de l'« internationalité » des associations, il est permis de distinguer *six types élémentaires.*

a) Le type *colonies étrangères* (par exemple, « Colonie française de Bâle »; « Association des tireurs suisses à Madrid »; « Centre polonais à Paris »).

b) Le type *Tour Eiffel* (Carnegie Endowment for international Peace, à Washington; Comité international de la Croix-Rouge, à Genève; Rockefeller Institution for medical research, à New-York).

c) Le type *Bureau international* (Istituto internazionale per l'unificazione del Diritto privato, à Rome; Secrétariat international de « Pax Romana », mouvement des étudiants catholiques, à Fribourg; International Conference and international Bureau of the Boy-Scout Movement, à Londres).

d) Le type *Union* (Union internationale des sociétés de la Paix; Union internationale de Rotary; Fédération internationale des Unions Intellectuelles).

e) Le type *Parallélisme* (Associations nationales, sans contact suivi les unes avec les autres: « Pour le bien des aveugles », « Pro Senectute », « Fédération nationale des grands blessés de guerre »).

f) Le type *Association itinérante* (comme l'Institut de Droit international; comme l'Union internationale de Droit pénal paraissait l'être jusqu'en 1938 ; comme le Congrès international de psychologie).

Evidemment, le « Handbook of international organisations » publié par la S.d.N. (édition de 1938), comprenant quelques milliers d'associations internationales divisées en seize chapitres selon l'activité des groupements en question, permet de constater que les six catégories formées ci-dessus s'entremêlent facilement; toutefois, ce fait ne prouve rien contre notre assertion, que, d'une part, les lettres *a*, *b*, *c*, *e*, *f*, ne rentrent pas sans autres dans notre préoccupation primordiale, et que, d'autre part, c'est surtout du type « Union » (dans toutes ses nuances possibles) que nous aurons à nous occuper. Enfin, il paraît ressortir indubitablement de la comparaison de toutes ces formes, que le seul « internationalisme » des membres d'une association en soi nationale (voir surtout le type *a*) ne saurait suffire à remplir les conditions requises pour l'attribution d'un statut international propre. (Dans ce sens, clairement, la bonne formule du Projet Politis, art. 2.)

II.

En ce qui concerne le *système* à adopter en vue de l'attribution d'un « statut international » aux associations d'initiative privée, on se trouve en présence de *cinq solutions différentes.*

1. Le statut franchement *supranational.* En dehors de tout « statement » d'une législation nationale quelconque, un « Office », un « Bureau », une « Commission » (instituée par l'ONU, par l'UNESCO, par le Centre européen de l'ONU, par le Conseil de l'Union européenne, etc.) confère à certaines organisations « internationales » — non pas une capacité civile quelconque, mais simplement *l'enregistrement,* c'est-à-dire, l'inscription (soumise à des conditions, à des « Normativ-bestimmungen ») sur un registre spécial institué à cette fin. L'enregistrement dépendra de l'autorité qu'acquerra la nouvelle institution, de son crédit tout d'abord purement « moral ». Tout dépendra des conditions d'admission que le Patron publiera unilatéralement après consultation des premiers experts de la matière, et de la dignité avec laquelle l'administration procèdera. J'imagine une espèce de « Handbook of international organisations », mais officiel, et se basant sur un règlement *stricti iuris* en ce qui concerne l'inscription.

2. Même système purement « supranational », mais basé sur une *Convention des Etats contractants* (des Etats-Membres de l'ONU, de l'UNESCO, de l'Union européenne, etc.). Deux variantes de ce second système sont possibles:

a) Les Etats contractants *s'engagent* à reconnaître sur leur territoire les associations enregistrées, à condition que leur ordre public national ne s'y oppose pas (en leur conférant soit une capacité civile « minima », soit la capacité propre aux associations de même nature reconnues par le Droit national).

b) Les Etats contractants *prennent acte* du Registre supranational des associations « idéales » de Droit privé et s'engagent à lui fournir tous les renseignements utiles.

3. En vertu d'une *Convention* internationale *conclue ad hoc par les Etats contractants*, ceux-ci se mettent d'accord pour préciser les conditions d'admission de certaines « associations » de caractère privé, accessibles aux sujets de plusieurs pays et poursuivant sans esprit de lucre un but international. Ils décident la création (à Berne, Paris, Bruxelles, Londres ou Washington) d'un « Office » qui examinera les demandes d'admission des associations satisfaisant aux conditions prescrites (voir art. 4 du Projet Politis, Annuaire 1923, p. 141). Ce troisième système, comme le second, permet plusieurs modifications:

a) Les Etats accordent aux dites « associations » une *capacité purement internationale* (capacité spéciale créée ad hoc, capacité « minima »).

b). Ils accordent aux dites « associations » la *capacité d'un « type » national déterminé*, par exemple au moins les mêmes droits accordés par les lois locales aux sociétés de commerce à responsabilité limitée » (Projet Politis, art. 8).

c) Ils assimilent les associations « internationales » à la capacité réservée, dans le Droit local, aux associations analogues.

4. *Sans introduire un nouveau Registre* soit supranational, soit international, les Etats contractants fixent, dans une Convention internationale, *les conditions d'admission de certaines associations « internationales »*. Ce quatrième système rentre exclusivement dans le chapitre du Droit international privé intitulé: « Condition des Etrangers ». Il comporte deux physionomies différentes:

a) La législation du pays hospitalier se contente d'une garantie générale dans le style de l'art. 104 de la Charte de l'ONU (capacité juridique « nécessaire pour exercer ses fonctions et atteindre ses buts »). Pratiquement, les Etats contractants se réservent le droit de déterminer eux-mêmes, dans leur droit national, la catégorie analogue à l'association « internationale » à reconnaître.

b) Les Etats contractants fixent *expressis verbis* les conditions à remplir par les associations « internationales » pour être reconnues à titre de sociétés corporativement organisées.

5. Le cinquième système, enfin, est celui de la *Loi uniforme.* Il paraît tout à fait possible que tous les Etats contractants acceptent (à l'instar des Conventions de Genève sur l'unification du Droit relatif aux lettres de change, aux billets à ordre et aux chèques, de 1930) une loi uniforme (élaborée par exemple par l'Institut international pour l'unification du Droit privé, à Rome) sur les associations « idéales ». Cette solution aurait non seulement l'avantage de mettre fin, une fois pour toutes, aux épineuses discussions, controverses, hésitations sur notre problème, mais encore de réaliser une des espérances les plus légitimes de notre époque: voir se réaliser l'uniformité dans un des domaines les plus proprement humains: les ententes internationales en matière scientifique, artistique et morale.

III.

En ce qui concerne enfin la question de savoir *à quelles conditions l'attribution d'un statut international peut être faite* les projets, les avertissements, les amendements et les critiques précisés dans les différentes publications des Instituts et sociétés savantes depuis 1910 nous permettent une appréciation de presque tous les problèmes saillants de notre question.

En présence de tout ce matériel — très précieux — on est en droit de se demander s'il n'y a pas danger de compliquer les choses. Dans l'intention de ménager le prestige des différentes législations nationales en jeu on s'efforce de penser à tout, de ne négliger aucun détail. Mais finalement on constatera avec regret que les Etats sont enclins à la méfiance envers des projets trop développés.

Toutefois un *point de départ* restreignant clairement les associations visées aux seules institutions manifestement « idéales » et en même temps « innocentes » et le *choix* d'un « système » (pour le statut international) qui ne heurte pas la souveraineté nationale (p.ex. l'octroi d'un « Règlement » facultatif par une des grandes Organisations actuelles ou l'introduction d'un « Bureau » sagement organisé en vertu d'une Convention collective) aideront beaucoup les Gouvernements à sympathiser avec nos intentions.

Parmi les questions de détail, je n'en relèverai que quelques-unes, en guise d'exemples:

1. Une base sagement étroite de notre Projet nous permettra de faire complètement abstraction d'une réserve en faveur de l'*ordre public national.*

2. En ce qui concerne l'« internationalité » des associations, notre définition tâchera d'exiger, outre sa composition et son but, une certaine *Activité internationale* (voir l'intervention de M. Strisower, Annuaire 30, 1923, p. 357).

3. En ce qui concerne encore l'« internationalité » des membres d'une association, on tâchera d'exclure les associations soumises au *contrôle effectif* d'un seul groupe national.

4. La création d'une *capacité minima* ne paraît pas rencontrer des difficultés insurmontables. Cependant l'obligation des Etats contractants d'introduire dans leur législation nationale

des dispositions nouvelles conformes à cette innovation (Art. 23 du Projet de 1928) ne paraît pas faite pour faciliter l'acceptation de la Convention. Du reste, en ce qui concerne cette capacité « minima », elle se bornera au strict nécessaire (voir Dig. 3, 4, 1, 1: « Quibus autem permissum est corpus habere... societatis, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat »). Suivant le « système » adopté (p. ex. Bureau « supranational » ou « international ») on la remplacera par une simple recommandation. La capacité « minima » (une fois introduite) subsistera à côté de la capacité nationale (voir dans ce sens les observations de MM. Strisower, Kaufmann, Roguin et Politis : Annuaire 30, 1923, p. 360 ss).

5. Une dernière controverse de caractère général : est-il permis de saluer en ces « nouvelles associations internationales », douées d'un « statut international » des *personnes morales internationales* (des « corporations du Droit international ») ? La réponse dépendra du « système » choisi. Si le « Bureau » fait dépendre l'enregistrement de certaines « Normativ-bestimmungen » (conditions essentielles) — même sans créer par ce fait même la personnalité juridique — rien ne nous empêchera de conférer à l'association internationale dès son inscription sur le registre international le titre « d'association internationale ». Sans qu'une difficulté doctrinale insurmontable (voir Annuaire 30, 1923 p. 360) surgisse pour harmoniser cette « internationalité » provisoire, abstraite et les différentes « nationalités » éventuelles. Pour tous les détails du problème je me permets de renvoyer au livre de M. *Paul Schrag*, « Internationale Idealvereine », Bern 1936.

Max Gutzwiller

5. Observations de M. Max Huber

Le 19 août 1949

I.

1. Je suis plutôt sceptique quant à la possibilité d'établir par convention un statut international pour les associations envisagées dans le rapport, car un tel statut n'a une valeur réelle que s'il donne des droits précis, dont le respect, par les Etats signataires, est sûr dans la pratique. Or, les associations en question — celles avec un but économique et lucratif ainsi que celles avec un but nettement politique semblent devoir être exclues d'emblée — présentent des aspects tellement différents, que les Etats seront probablement très réticents pour leur accorder, d'une manière générale et sans trop de réserves, des droits qui faciliteraient beaucoup le fonctionnement de ces associations dotées d'un statut international.

La raison principale pour l'établissement d'un statut international réside avant tout dans les nombreuses entraves que la législation de guerre et d'après-guerre depuis 1914 apporte à la libre circulation des personnes et des fonds. Or, il paraît peu probable que les gouvernements renoncent à ces systèmes de contrôle différents en faveur d'un nombre imprévisible d'associations fort diverses, appartenant à un grand nombre d'Etats. Au cas où des concessions de ce genre pourraient être obtenues, elles seraient probablement loin d'être suffisantes ; il serait alors d'autant plus difficile aux associations qui sont réellement importantes, d'obtenir toutes les facilités qui leur seraient nécessaires à un moment donné.

2. Les droits indiqués sous ce numéro seraient sans doute ceux qui devraient être accordés aux sociétés bénéficiaires. Ils seraient suffisants si un régime libéral existait dans la plu-

part des pays, comme avant la première guerre mondiale. Actuellement, ils resteraient stériles à cause des entraves administratives, si celles-ci n'étaient pas levées dans une large mesure.

3. Pour la raison indiquée sous 1 *in fine*, un statut accordant les privilèges envisagés ici pour les dirigeants des associations bénéficiaires ne sera probablement pas réalisable et, sauf pour des organisations d'utilité vraiment publique et internationale, guère justifiable. Il y aurait, dans ce cas, le risque d'une sorte d'inflation de privilèges quasi-diplomatiques et, en conséquence, d'abus de ces privilèges. La conséquence pourrait en être une réaction et une situation encore plus gênante que celle qui existe maintenant.

4. La possibilité de transférer des fonds peut être d'une importance capitale pour des organisations de secours telles que la Croix-Rouge ; il y a dans ces cas des intérêts en jeu qui ne peuvent se comparer à ceux des associations de percevoir ou de transférer des cotisations. La diversité des intérêts en présence et les différences colossales entre l'importance des fonds qui, suivant les cas, entrent en ligne de compte, paraissent rendre très difficile un régime conventionnel général.

5. L'Institut, déjà du temps de la S.D.N., a évité de lier ses projets à une institution politique d'organisation internationale. Un lien nécessaire entre les Nations Unies et le statut international des associations risquerait non seulement d'exclure celles appartenant à des Etats non membres, mais aussi de limiter celles des Etats membres selon des critères qui, tout en étant valables pour l'octroi du statut consultatif, seraient trop étroits pour le statut international comme tel. Au surplus, l'acquisition du statut international dépendrait de décisions d'organes politiques ou administratifs internationaux. Il semble qu'un régime de droit, c'est-à-dire un règlement basé sur des normes conventionnelles qui en elles-mêmes se suffisent,

serait préférable dans l'intérêt de l'indépendance des associations.

6. Si l'on faisait dépendre l'octroi d'une décision spéciale des organes des Nations Unies, le statut international deviendrait un privilège parmi les privilégiés.

7. Le cas échéant, le Conseil économique et social.

8. Pour répondre à ce point, il serait utile d'avoir une vue d'ensemble des différents genres d'associations éventuellement éligibles pour le statut international, et de fixer les critères pour les délimiter à l'égard d'associations qui devraient être écartées. Faut-il admettre seulement des associations de personnes naturelles et de personnes morales, ou également des fondations avec des buts similaires ? La Fondation pour les transports de la Croix-Rouge, par exemple, a rendu de grands services pour les secours fournis aux prisonniers de guerre et aux populations des pays alliés occupés. Le Conseil œcuménique est-il une association ? et les Eglises ? L'éligibilité pour le statut international présuppose-t-elle une composition internationale (ou universelle) de droit ou de fait ? ou un but international (ou universel) ? ou les deux critères simultanément ? Le caractère international existe-t-il déjà, si l'association s'étend, par sa composition ou son but, à un nombre limité d'Etats, même à deux seulement, comme par exemple les sociétés créées pour développer les relations culturelles entre deux nations ?

Une législation nationale, comme par exemple celle de la Suisse, peut être extrêmement libérale quant à la constitution et la reconnaissance d'associations, mais une convention établissant un statut international doit être très circonspecte en délimitant le cadre des associations susceptibles d'obtenir ledit statut. Autrement, on courrait le risque que des associations se serviraient du statut international, peut-être sans cause suffisante, pour échapper à la législation nationale.

Pour éviter des répétitions, on renvoie, pour ce qui concerne les conditions d'admission, au n° 12.

9. Si le statut international est lié au statut consultatif, il est naturel que le contrôle des associations relève de l'organe qui est compétent pour l'admission au statut consultatif. Si ce contrôle peut comporter la dissolution, on se rend compte de la dépendance des associations admises. Le Conseil économique et social peut évidemment retirer le statut consultatif, mais il ne peut d'aucune manière s'immiscer dans le fonctionnement, l'organisation et l'existence de l'organisme admis. Le droit de dissolution à l'égard des associations qui réunissent les deux statuts porterait une grave atteinte à la liberté d'association. Une instance judiciaire au moins devrait être compétente pour des décisions de ce genre ; mais elle n'existe pas, parce que le statut actuel de la C.J.I. ne prévoit pas une fonction de ce genre.

10. S'il faut comprendre par le système de la déclaration la possibilité pour une association de déclarer sa constitution, c'est-à-dire de se constituer par la seule volonté de ses fondateurs, ce système correspondant par exemple au régime suisse des associations, il paraît offrir la solution adéquate pour un régime sans autorisation. Cela n'empêche nullement que, dans des cas litigieux, les tribunaux des Etats participant à la convention concernant le statut international pourraient se prononcer sur la question de savoir si l'association remplit les conditions requises.

11. Seul un organe existant peut pratiquement entrer en ligne de compte, et, si le statut international n'est pas lié au statut consultatif, ce sera nécessairement un organe national des Etats participant à la convention. Etant donné la diversité des régimes administratifs et judiciaires en vigueur dans les différents pays, il semble que chaque Etat doive notifier aux Etats contractants l'organe qu'il a chargé des fonctions en question.

12. Si le statut international doit être un statut basé non plus, même en partie, sur un statut national, c'est la convention qui, au lieu d'une législation nationale, établira les conditions que les fondateurs d'une association candidate doivent remplir pour qu'elle puisse obtenir l'octroi du statut international et être une association reconnue dans tous les Etats contractants.

a) Quant à la constitution, la convention devrait adopter un système aussi libéral et simple que possible et assez souple pour que des fondations, sans changer leur caractère spécifique, puissent aussi bénéficier du statut.

b) Le point difficile est la délimitation des associations éligibles. D'abord, il faut indiquer clairement les organisations qu'il faut exclure, alors même que, par leur nature, elles pourraient avoir un intérêt majeur à un statut international, telles que des entreprises commerciales et industrielles travaillant dans plusieurs pays. Si les entreprises à but lucratif sortent du cadre des associations visées par le questionnaire, la décision est moins aisée pour celles qui ont un but économique comme les associations syndicales et patronales et les chambres de commerce, notamment leurs organisations internationales.

Les organisations politiques comme l'Internationale socialiste, l'Internationale libérale, la Fédération syndicale mondiale, etc. peuvent aussi être considérées comme étant à la limite des associations éligibles.

Etant donné les difficultés d'une délimitation positive, la solution la plus simple serait une définition négative :

a) association non gouvernementale,

b) association ne visant aucun but lucratif.

13. Voyez sous n° 9.

14. Il faut qu'un Etat contractant puisse s'opposer à l'exercice des droits par une association admise, sans devoir dénoncer la convention. Cette possibilité peut en effet diminuer beaucoup

la valeur de la convention, mais elle semble être inévitable au point de vue politique. D'autre part, la dénonciation de la convention pour pouvoir refuser l'exercice des droits du statut dans un cas individuel risque d'entraîner la ruine rapide de la convention par la diminution des parties contractantes.

15. C'est un des points les plus délicats. On est en présence ou bien d'une superposition d'un statut national et d'un statut international pour la même association, ou de la nécessité pour des organisations existant depuis longtemps et ayant des caractères particuliers, de se constituer de nouveau sous la loi de la convention, par une sorte de novation.

Comme le statut international doit servir avant tout à des associations existantes et non pas à des créations nouvelles, l'application exclusive ne se recommande que pour les associations qui seront créées à l'avenir et pour celles — assez nombreuses, dont l'Institut de droit international lui-même — qui sont pour ainsi dire juridiquement en l'air ; les autres devraient conserver la liberté de maintenir leur statut national actuel pour leurs activités qui se réalisent dans le territoire de l'Etat dont la législation les régit jusqu'ici.

II.

16. Les difficultés dont il est question au n° 15 peuvent être écartées si le régime indiqué sous 16 est appliqué. Ce régime seul ne peut cependant suffire à toutes les situations. C'est pourquoi un système mixte paraît offrir la meilleure solution (voir III).

17. Les avantages mentionnés sous ce numéro sont sans doute ceux qui entrent en premier lieu en ligne de compte.

18. Bien qu'il soit préférable d'établir des droits précis et uniformes dans tous les Etats contractants, le régime du traitement le plus favorable est peut-être plus facile à obtenir.

19. Les avantages en question ne seraient octroyés qu'aux associations visées par la convention, sous réserve de la liberté pour chaque Etat de les accorder aussi à d'autres. Même si le statut consultatif est une condition pour l'octroi des avantages, il n'est pas nécessaire qu'en bénéficient *ipso facto* toutes les associations jouissant de ce statut, car ce dernier peut être accordé à des associations qui n'ont pas un intérêt aux avantages en question.

Si le régime des avantages est lié au statut consultatif, il est naturel que le Conseil économique et social décide la question de savoir si, au cas où une autorisation est prévue, l'octroi doit avoir lieu ou non dans des cas concrets. Si, par contre, le régime des avantages est une affaire qui ne concerne que les Etats participant à la convention, c'est à chacun d'eux de décider. Si une décision contraire à la convention constitue un acte arbitraire, la question est susceptible d'être tranchée par la C.J.I.

20. La même réponse que sous nº 14.

III.

21. On se trouve en présence de deux sortes d'intérêts :

1º L'intérêt pour une association constituée sous une législation nationale avec siège sur le territoire de cet Etat et ayant par sa composition ou son but un caractère international, d'avoir un statut reconnu dans tous les Etats où elle se recrute ou déploie une activité et de jouir d'avantages qui peuvent faciliter son activité.

2º L'intérêt, pour des organisations qui ne sont pas liées à un Etat déterminé ou qui n'ont pas un siège fixe et qui, par leur nature, tendent à déployer une activité internationale ou universelle, de pouvoir se fonder sur une loi applicable dans

le plus grand nombre de pays. Parmi ces organisations, il faut mentionner surtout les organisations réunissant dans un faisceau quasi fédératif des organisations nationales (par exemple la Ligue des Sociétés de la Croix-Rouge, la Fédération universelle des Y.M.C.A., l'Union internationale de Commerce, les Congrès itinérants, etc.) ou qui se recrutent dans tous les pays, sans avoir des groupements nationaux. Ces organisations choisissent souvent comme siège un pays dont la législation et la position géographique leur semblent favorables. Dans ce cas, leur situation est celle envisagée sous 1°. Mais, dans beaucoup de cas, cette fixation nationale n'est pas possible ou paraît inopportune — au point de vue de l'indépendance de l'association ou du désir de faire participer tous les pays intéressés, à tour de rôle, à la gestion de l'association.

Pour la première catégorie, le régime envisagé dans les numéros 16 à 20 paraît suffisant et même préférable ; pour la deuxième catégorie, l'établissement conventionnel d'un statut international comblerait une lacune du droit actuel, et elle ne peut l'être que par le droit international.

La convention aurait donc un double but : d'un côté, de créer le nouveau statut international applicable aux associations (et autres personnes morales) qui se constitueront sous ce nouveau régime ou qui, si elles sont déjà existantes, se reconstitueraient sous lui, et, de l'autre côté, de fixer les conditions dans lesquelles les avantages découlant du statut international seraient accordés à des associations existantes ou nouvellement créées sous une législation nationale.

Max Huber

6. Réponse de M. G. Ripert

La Ciotat, le 3 octobre 1949

Madame et chère Collègue,

J'ai été invité par le Secrétaire Général adjoint de l'Institut de droit international à vous présenter mes observations sur le remarquable exposé préliminaire relatif aux conditions d'attribution d'un *statut international à des associations.*

I. — Mon sentiment est qu'on ne saurait, pour le moment, soustraire des associations internationales à un statut national. Il serait, en effet, difficile de créer par convention internationale un statut juridique complet de ces associations. En particulier, on ne voit pas comment une convention pourrait réglementer leur personnalité morale d'une façon suffisante. En fait, l'association aura son siège, ses organes d'administration et ses biens dans un pays déterminé. Elle doit donc se soumettre à la loi de ce pays sur tous les points non réglés par la convention.

II. — Les différents Etats peuvent *s'engager à créer dans leur législation un type d'association dit association internationale.* Déjà il y a, en matière de sociétés, des types très différents et certaines sociétés sont dites d'intérêt public. Il conviendrait d'ailleurs de préciser que ces groupements devront avoir un but désintéressé, afin de les distinguer des sociétés commerciales qui pourraient avoir intérêt à prendre le caractère d'associations internationales.

III. — L'association reconnue comme internationale dans le pays où elle a été constituée devrait également être reconnue

comme telle par tous les autres pays signataires de la convention. Il serait bon de prévoir une notification ou un enregistrement.

On pourrait toutefois admettre soit une *admission prononcée par un organisme international*, soit un recours *contre le refus de reconnaissance*, ou le refus d'enregistrement dans un autre Etat.

IV. — L'association internationale jouirait d'une pleine liberté quant à la nationalité de ses membres et de ses administrateurs. Constituée sur le territoire d'un Etat, elle pourrait être administrée uniquement par des étrangers. Une situation spéciale pourrait être faite à son directeur général et à ses principaux agents quant aux immunités diplomatiques et facilités de déplacement.

V. — La capacité juridique de l'association serait régie par la loi du pays où elle a été constituée. Mais il y aurait lieu de préciser des règles spéciales pour les libéralités et cotisations, pour les transferts de fonds, pour les impositions fiscales.

VI. — L'association ayant été constituée et admise dans différents pays, sa dissolution ou le refus d'enregistrement dans un pays déterminé ne devraient pouvoir être prononcés que par l'autorité judiciaire.

* * *

Ce programme est évidemment très modeste. Il laisse aux associations internationales un certain caractère national. Mais comme il leur appartiendra de choisir le pays de leur siège social, il est de nature à exciter le zèle des différents Etats

pour l'octroi d'une législation favorable à ces associations. Plus tard, il sera peut-être possible de détacher davantage les associations du lieu de leur constitution et de leur siège social. Il paraît prudent de commencer par la réforme la plus modeste.

Recevez, chère Madame, l'assurance de mes bien dévoués sentiments.

G. Ripert

C.

Rapport supplémentaire

Les observations faites sur le Rapport provisoire par les membres de la Commission permettent de compléter certaines dispositions du projet de Résolutions. Elles seront examinées en suivant l'ordre des articles.

I.

Pour définir les associations en cause, M. Max Gutzwiller, dans les observations qui n'ont pu être utilisées pour établir le rapport provisoire, paraît préconiser « une notion de base extrêmement restreinte ». Seules seraient visées « les associations scientifiques, artistiques et de bienfaisance ».

Cette suggestion serait sans doute à retenir si l'on envisageait l'octroi d'un traitement, déterminé par la Convention, à toutes les associations répondant à une définition donnée. Dans les circonstances présentes, il paraît nécessaire de laisser aux Etats le choix. On doit donc admettre que ce choix puisse porter sur des groupements poursuivant un but d'intérêt international, sans que ce but soit étroitement précisé. Pourquoi exclure a priori l'Union des Associations pour les Nations Unies ?

II.

MM. Max Huber et Eugène Borel, qui désirent voir octroyer aux fondations le bénéfice de la Convention, proposent, à cet effet, diverses modifications au texte primitif.

Le régime juridique des fondations varie suivant les systèmes de droit. Il peut se rapprocher de celui des associations, il peut s'en distinguer. Il convient donc d'insérer, pour viser les fondations, des dispositions spéciales qui pourraient constituer deux nouveaux articles du projet.

A. « Les Parties contractantes s'engagent à octroyer le traitement national le plus favorable aux fondations d'intérêt international, constituées conformément à la législation de l'une d'elles, qu'elles désigneront à cet effet. »

B. « La liste de ces fondations sera communiquée aux autorités nationales en vue de l'application à leur profit de l'article 7 [1] de la présente Convention.

« Les articles 5 et 8 [2] de la présente Convention leur seront également applicables. »

III.

A propos des articles 3 et 4, M. Eugène Borel attire l'attention sur les associations sans attache juridique nationale qui feraient l'objet d'une désignation par l'un des Etats contractants en vue de l'octroi du traitement national.

Il n'est pas douteux que l'un des buts du projet est d'assurer à ces groupements certains droits, droits qu'ils posséderont en tant qu'associations internationales bénéficiaires de la Convention, sans que cela entraîne pour eux la nationalité de chacun des Etats usant à leur égard de la faculté de l'article 1er.

[1] Article 7 du nouveau projet.

[2] Articles 5 et 8 du nouveau projet.

IV.

La détermination de l'organe administratif chargé de rassembler et de diffuser les renseignements dépend des conditions dans lesquelles la Convention pourrait être élaborée. Toutefois, du moment que l'on s'écarte du système de l'enregistrement par un organe qualifié que suggère M. Max Gutzwiller, il ne paraît pas utile de créer un mécanisme nouveau et il serait plus indiqué de chercher parmi les administrations internationales existantes la plus apte à remplir des fonctions modestes, mais qu'il serait préférable de confier à un organe unique.

Pour tenir compte de la préoccupation de MM. Eugène Borel et Max Huber, l'article en question a été modifié. Le texte devrait être adapté, en fonction des circonstances.

V.

M. Eugène Borel présente certaines critiques au sujet de la rédaction et peut-être contre le principe de l'article 8 [1].

Le but de cette disposition est indiqué dans le rapport préliminaire à la page 13. Il ne s'agit pas pour les Etats contractants de renoncer inconditionnellement en faveur de tout étranger, membre d'une association bénéficiaire de la Convention, au droit de réglementer l'accès du territoire, mais d'octroyer « le meilleur régime compatible avec la législation en vigueur », de le faire bénéficier d'une situation de faveur que prévoient toutes les législations, qu'admettent toutes les pratiques administratives, en tant que participant à l'activité d'une association dont l'importance et l'utilité internationale ont été reconnues par l'Etat.

[1] Article 7 du nouveau projet.

Si l'on considère la situation présente des associations internationales, l'article 8, ou une disposition équivalente, constituerait pour elles l'avantage majeur retiré d'une telle Convention. L'Etat est préservé d'exceptions inconsidérées à sa législation par l'examen auquel il procède des conditions de gestion et de l'importance internationale du groupement. Il n'abandonne pas son droit de réglementation. Ses administrations doivent seulement appliquer, sans difficultés ni formalités supplémentaires, les solutions les plus favorables suivant son droit positif ou sa pratique administrative. Il paraît donc difficile de supprimer ou de modifier profondément cet article.

VI.

M. Max Huber propose d'insérer une disposition pour tenir compte de la situation des associations qui ne solliciteraient pas ou n'obtiendraient pas la désignation prévue à l'article premier. Cette idée paraît d'autant plus opportune qu'elle répondrait, pour partie au moins, aux craintes exprimées par Sir Eric Beckett.

Un article, ainsi rédigé, pourrait être ajouté :

« Les personnes morales, répondant aux conditions visées par les articles 2, 3 ou 9, qui n'auraient pas sollicité le statut international prévu par la présente Convention ou qui n'auraient pas été désignées par l'une des Parties contractantes conformément aux articles 1er ou 9, continueront à être reconnues, comme elles l'étaient avant la ratification de cette Convention, et à jouir des droits qui leur avaient été octroyés. »

VII.

Une très heureuse suggestion de M. Eugène Borel consiste à indiquer aux Etats, dans les Résolutions, la possibilité d'agir

par voie de décision unilatérale en attendant la conclusion d'une Convention.

Sans doute cela entraînerait-il pour les Etats ou pour certains d'entre eux l'obligation de modifier leur législation, mais l'action des associations intéressées pourrait les déterminer à le faire.

Les observations, défavorables au projet, de Sir Eric Beckett sont fondées sur la conviction que le régime actuel est suffisant. Sans doute est-ce exact quand on considère la pratique britannique, mais il n'en est pas de même partout. La proposition de M. Eugène Borel permettrait de se rendre compte assez rapidement des réactions des Etats et des associations internationales à l'égard du système proposé et d'ouvrir la voie à une Convention ultérieure.

A ce point de vue, elle apparaît comme une amélioration possible d'une situation dont les associations internationales ont été contraintes de s'accommoder mais qui n'est pas satisfaisante et qu'il paraît légitime de vouloir améliorer.

Tenant compte de cette dernière suggestion de M. Eugène Borel, le projet de Résolutions serait rédigé comme suit :

D.

Projet de Résolutions définitif

L'Institut de Droit international,

Reconnaissant qu'une activité d'une importance internationale exceptionnelle est exercée par des associations d'initiative privée ;

Constatant que leur situation juridique reste incertaine, qu'elles soient constituées conformément à une loi nationale ou qu'elles n'aient aucune attache juridique avec un pays déterminé ;

Soucieux de permettre, par une procédure appropriée, leur accès à un régime juridique défini, aussi favorable que possible, ainsi que l'octroi à leur profit de facilités administratives de nature à permettre leur activité internationale ;

Recommande une Convention internationale s'inspirant de dispositions insérées dans le projet joint à la présente Résolution [1] ;

Emet le vœu que, sans attendre la conclusion d'un tel accord, les Etats disposés à faciliter l'activité d'associations ou de fondations visées dans le projet, veuillent bien, chacun pour ce qui le concerne, accorder par décision autonome et aux conditions et sous les réserves jugées nécessaires, le bénéfice du régime prévu dans le projet aux associations et fondations désignées à cet effet [2].

PROJET DE CONVENTION

Article premier [3]

Chacune des Parties contractantes s'engage à reconnaître aux associations internationales et aux fondations qu'elle désignera à cet effet, les droits définis dans la présente Convention.

Article 2

Les associations internationales visées à l'article 1er sont des groupements de personnes ou de collectivités, librement créés par l'initiative privée et poursuivant, sans esprit de lucre, un but d'intérêt international.

---

[1] Modification de forme.
[2] Texte nouveau.
[3] Texte modifié.

Article 3

La reconnaissance de droits par application de l'article 1er peut intervenir, soit au profit d'associations constituées en conformité d'une loi nationale, soit au profit d'associations sans attache juridique nationale.

Article 4

Les associations sollicitant le statut international devront avoir des statuts indiquant avec précision :

1° leur dénomination, emblème et insignes ;

2° leur objet ;

3° leur siège temporaire ou permanent ;

4° leur composition et mode de recrutement ;

5° les droits, obligations et responsabilités de leurs membres ;

6° leur organisation, le mode d'élection ou de nomination, la compétence et la responsabilité de leurs représentants ;

7° l'administration et l'affectation de leur patrimoine ;

8° le mode de leur fonctionnement, le lieu et la périodicité de leurs réunions, le nombre et la qualité de leurs publications, et, en général, les diverses manifestations de leur activité ;

9° la procédure de révision de leurs statuts ;

10° les conditions, les formes et les effets de leur dissolution.

La procédure de désignation sera réglée par chacune des Parties contractantes. Elles se concerteront pour en assurer, dans la mesure possible, l'uniformité et en simplifier les formalités.

Elles se concerteront également pour adopter, autant que faire se pourra, la même attitude à l'égard des associations demandant le statut international.

Article 5

Une association peut se voir privée par une des Parties contractantes du bénéfice des droits visés aux articles 6 et 7 si son activité est contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux dispositions de son statut.

Article 6

Les associations internationales visées à l'article 1er recevront sur le territoire de chaque Partie contractante le bénéfice du traitement national le plus favorable octroyé à des associations à but non lucratif, notamment en ce qui concerne l'exercice de leur activité, la perception des cotisations, l'acquisition et la possession des biens meubles et immeubles, le bénéfice des dons et legs.

Article 7

La liste des associations internationales visées à l'article 1er sera communiquée par chaque Partie contractante aux autorités nationales compétentes, afin qu'en ce qui concerne la circulation des personnes, l'emploi de la main-d'œuvre étrangère, la transmission postale des documents, le transfert des capitaux, leur soit réservé le meilleur régime compatible avec la législation nationale en vigueur.

Article 8

Toute association internationale aura le droit de liquider ses biens situés sur le territoire de la Partie faisant usage de la faculté prévue à l'article 5 et de transférer ses fonds en utilisant les facilités prévues à l'article 7.

Article 9 [1]

Les Parties contractantes s'engagent à octroyer le traitement national le plus favorable aux fondations d'intérêt international, constituées conformément à la législation de l'une d'elles, qu'elles désigneront à cet effet.

Article 10 [2]

La liste de ces fondations sera communiquée aux autorités nationales compétentes en vue de l'application à leur profit de l'article 7 de la présente Convention.

Les articles 5 et 8 leur seront également applicables.

Article 11 [3]

Les noms des associations et des fondations désignées par chacune des Parties contractantes pour bénéficier de la Convention ainsi que les radiations opérées par application de l'article 5 sont communiqués aux autres Etats signataires par un organe international désigné à cet effet.

Article 12 [4]

Toute Partie contractante qui octroierait des facilités plus grandes aux personnes morales visées aux articles 1er et 9 en informera l'organe prévu à l'article 11 qui fera part de cette communication aux autres Parties contractantes.

---

[1] Article nouveau.
[2] Article nouveau.
[3] Article modifié de forme.
[4] Article modifié de forme.

Article 13 [1]

Les personnes morales répondant aux conditions visées par les articles 2, 3 ou 9 qui n'auraient pas sollicité le statut international prévu par la présente Convention ou qui n'auraient pas été désignées par l'une des Parties contractantes conformément aux articles 1er ou 9, continueront à être reconnues comme elles l'étaient avant la ratification de cette Convention et à jouir des droits qui leur avaient été octroyés.

Article 14

Tout différend entre des Parties contractantes sur l'interprétation ou l'application de la présente Convention sera, à la requête de la Partie la plus diligente, soumis à la Cour internationale de Justice.

[1] Article nouveau.

ANNEXE

Observations des membres de la Commission concernant le rapport et le projet de Résolutions provisoires

1. Observations by Sir Eric Beckett

3rd April 1950

I have read with interest the draft report and draft resolution of the Rapporteur on the question of the conditions under which an international status should be granted to unofficial associations, and also the observations of my colleagues on the Sub-Committee. I have no further observations to make on the draft report. I think that if anything were to be done in this sphere the draft report and resolution sets forth clearly all that could be proposed.

On the other hand, when one sees that all that can be reasonably proposed for these international associations is the treatment which is set forth in Article 7 of the draft resolution (and I agree that it is not practical to propose more), then this confirms my doubt as to the practical utility of the project. After all, all that is laid down in draft Article 7 is accorded at the present time in my own country not merely to specially selected international associations but to all international associations which have not got a purpose which is illegal or contrary to public policy. I would be surprised if the position was not the same in quite a large number of other countries, and yet, to achieve this object, an international convention is proposed involving a process of selection and discrimination as is indicated by Article 1 of the draft. The mere process of selection and discrimination is harmful in itself because it

inevitably introduces competition amongst associations to be one of the favoured few. I doubt if countries which do not already, without any treaty obligations, grant the equivalent of what is provided in Article 7 to associations generally which are created by foreign law would be likely to be ready to accept the present draft convention, and those countries which do already accord this treatment would hesitate to enter into the draft convention because it involved them in a process of selection and discrimination.

Eric Beckett

2. Observations de M. Eugène Borel

Le 18 avril 1950

I. *LE STATUT*

Placé judicieusement en dehors de l'Organisation des Nations Unies, le statut dit « international » ne devra ce caractère qu'à la convention envisagée. Matériellement — et à bon droit — le projet substitue à un statut extranational le régime national de l'Etat disposé à en accorder le bénéfice. Au prix de l'inégalité résultant des différences entre les régimes nationaux, c'est le seul progrès qui paraisse aujourd'hui réalisable, et, à cet égard, on peut se demander si les considérants du préambule demeurent bien en harmonie avec les limites plus modestes du projet. Mais ce n'est là qu'un petit détail en regard du mérite très réel de ce dernier et de l'excellent rapport présenté à l'appui. A l'éloge qui leur est dû, le soussigné croit devoir ajouter les observations qui vont suivre :

II. *LA CONVENTION*

Art. 1 et 2

Avec raison, le projet laisse à chaque Etat l'entière liberté de décider à quelles associations il entend accorder le bénéfice du régime national. Dans l'ensemble des associations intéressées, cela créera des inégalités et une bigarrure des situations déparant l'uniformité que l'on aurait pu rêver. Mais le nombre et la variété des associations excluent toute autre solution, aussi bien que, dans le texte même, toute précision au delà de la définition limitée par l'art. 2 au double critère qui leur est commun : l'initiative privée dont elles sont issues, le caractère d'intérêt international du but poursuivi par elles. Le projet a également raison d'étendre aux fondations le bénéfice de la convention envisagée. Mais, pour cela, il faut le compléter, entre autres par une disposition analogue à l'art. 4 et correspondant aux conditions juridiques spéciales à cette institution, entièrement différente de l'association et qui, nécessairement, se rattache à une loi nationale dont elle tient son statut et sa personnalité.

Art. 3

La mention des associations sans attache juridique nationale place au premier rang une difficulté qui appelle remède. La puissance publique en mains des autorités les met en mesure d'agir à l'égard d'une association même dénuée de personnalité juridique. Il en est autrement dans les rapports de droit privé. De même que les fondations, les associations douées de la personnalité juridique peuvent posséder des droits et assumer des obligations. Elles traitent avec les tiers et sont valablement engagées par la signature des représentants désignés à cet effet (projet art. 4, chiffre 6). A leur égard, il appar-

tient à l'autorité publique compétente de prescrire les mesures de publicité nécessaires. Quant aux autres associations, seuls peuvent posséder, seuls seront engagés, et ce à titre personnel, ceux des membres qui acquièrent un droit ou traitent avec des tiers ainsi que ceux de leurs collègues dont ils produisent un mandat en règle. L'association comme telle ne peut ni agir ni acquérir et posséder des droits. Quant à elle, la désignation prévue à l'art. 4, chiffre 6, demeurerait sans effet. L'Etat qui néanmoins lui reconnaîtrait une capacité qui lui fût propre lui conférerait, par là même, une personnalité en quelque sorte nationale sur son territoire.

Art. 6

Prévoir l'intervention du Secrétariat général de l'Organisation des Nations Unies, serait se mettre en contradiction avec ce que le rapport expose à p. 4. Nombreuses et des plus importantes sont les associations dont le but et le caractère excluent même l'apparence d'une attache officielle, incompatible avec l'entière indépendance que réclame l'accomplissement de leur tâche. De plus, mieux vaudrait laisser aux Puissances Signataires le soin de décider elles-mêmes une question de pur fonctionnement technique. En tous cas c'est à l'art. 4 que pourrait le mieux trouver place une adjonction telle que celle que j'indique ici, à titre d'illustration seulement :

« Elles se communiquent, soit directement, soit par les soins d'un service établi par Elles, le nom des associations... »

Et la même observation s'applique à l'art. 10.

Art. 8

La rédaction proposée est de nature à soulever plus d'une difficulté :

1. On pourra objecter tout d'abord que l'Etat assumant un

engagement international fait de son chef le nécessaire pour en assurer l'observation et que, dès lors, l'art. 8 est superflu, d'autant plus que les dispositions prises par lui à cet effet et qu'apparemment publiera la Gazette Officielle auront vigueur toute générale et ne s'adresseront pas seulement aux autorités.

2. Estime-t-on néanmoins utile de mettre en relief certains points à l'égard desquels le régime sollicité est particulièrement intéressant ? Dans ce cas, à l'égard de deux d'entre eux (mentionnés, au surplus, en termes dont la généralité peut être taxée d'imprécision), l'art. 8 se heurtera dans nombre d'Etats à une pratique trop solidement établie pour qu'on puisse songer à la faire fléchir.

a) — Dans les conditions actuelles de la vie internationale, tous les Etats, ou peut s'en faut, obéissent au souci pressant d'écarter de leur territoire une action une propagande, une influence étrangères jugées inacceptables, qu'elles soient ouvertes ou occultes, affirmées ou déguisées. Ils estiment user ainsi d'un droit de nécessité exercé à discrétion, en particulier à l'égard d'étrangers considérés comme « indésirables ». Leur demander d'y renoncer inconditionnellement en faveur de tout étranger membre d'une association mise au bénéfice de la Convention, c'est d'avance provoquer leur refus d'adhérer à cet accord.

a) — La même observation s'applique, si ce n'est avec autant de force, à la main-d'œuvre étrangère, dont l'introduction et l'emploi sont un peu partout soumis à un régime restrictif qui n'est pas toujours fondé sur la « législation nationale » comme telle.

La double difficulté signalée ici est trop importante pour ne pas appeler la plus sérieuse considération.

III. *LE PROCÉDÉ DE CRÉATION*

Une convention internationale présente assurément l'avantage de fonder un régime uniforme et garanti par un contrôle judiciaire. Mais cette voie, que promet-elle ? Impossible de se le dissimuler : la réponse est peu encourageante.

Même en des circonstances normales, favorables, elle implique des difficultés et des longueurs trop notoires pour devoir être rappelées. Celles qui règnent actuellement y ajoutent des obstacles encore plus puissants. Absorbés par les soucis et les tâches qui les obsèdent de toutes parts, les Gouvernements ne porteront pas intérêt à un problème auquel l'opinion publique, elle aussi, demeure indifférente. A les supposer même bien disposés en principe, ils ne voudront pas se lier envers d'autres Etats par des engagements appelant, le cas échéant, l'intervention de la Cour Permanente de Justice Internationale.

Cela étant, ne pourrait-on pas songer à une autre voie, plus modeste et d'effet plus limité, mais offrant la possibilité d'un résultat plus réel et moins lointain ?

Parmi les Puissances il en est certainement qui, à l'instar de la Belgique, seraient disposées à faciliter l'activité d'associations à but international à condition de le faire par mesure interne, autonome, dans l'ensemble et les limites du régime national du pays.

L'Institut ferait besogne utile en signalant cette voie sans sacrifier l'autre.

Il suffirait, pour alléger le texte de la Résolution, d'y joindre en annexe le projet de convention, ce qui permettrait de mieux mettre en regard les deux voies en présence.

A titre de simple illustration et sous réserve de meilleure rédaction, la Résolution pourrait alors être conçue comme suit :

« L'Institut .....

Recommande une convention internationale selon projet ci-annexé (ou : s'inspirant des dispositions insérées dans le projet joint à la présente Résolution) ;

Emet le vœu que, sans attendre la conclusion d'un tel accord, les Etats disposés à faciliter (encourager ?) l'activité d'associations visées dans le projet veuillent bien, chacun pour ce qui le concerne, accorder par décision autonome et aux conditions et sous les réserves jugées nécessaires, le bénéfice du régime national (selon projet art. 7 à 9) aux associations et fondations désignées à cet effet. »

Eugène Borel

3. Lettre de M. Max Huber

Zurich, le 21 avril 1950

Chère Madame,

Je vous remercie de votre rapport provisoire et du projet de Résolutions que vous avez bien voulu préparer.

Je me rallie volontiers à votre projet et je me borne aux observations suivantes :

1. Je suis heureux que vous ayez tenu compte de mon désir de voir comprises parmi les personnes morales visées par le projet aussi des fondations. En effet, je crois qu'elles sont importantes ; je pense au Carnegie Endowment for international Peace, The Rockefeller Foundation, etc. Les fondations avec un capital suffisant et consacré à des buts internationaux peuvent être aussi intéressantes que les associations composées d'un nombre fluctuant de membres individuels. Je m'en remets entièrement à vous pour savoir si « groupements de personnes et collectivités » exclut d'une manière certaine toute contestation sur l'admissibilité de « fondations » aux avantages de la

convention. Ne serait-il pas indiqué de fixer un terme embrassant toutes les personnes morales en question, par exemple, en ajoutant à l'article 2, après « collectivités », les mots « désignés ci-après personnes morales », et d'employer cette expression dans les autres articles en lieu du terme plus précis d'associations.

2. Dans les articles 6 et 10, le Gouvernement belge est mentionné comme variante à côté du Secrétaire général des Nations Unies. Il me semble que le choix de cette agence de transmission devrait être déterminé suivant le cas que la convention émane de l'Assemblée générale des Nations Unies ou bien d'une conférence diplomatique indépendante.

3. Le point qui me préoccupe est le sort des associations ou autres personnes morales qui n'auraient pas sollicité le statut visé par la convention ou auxquelles ce statut aurait été refusé. Seront-elles privées de toute reconnaissance en droit et tomberont-elles dans un néant juridique ? Ne pourrait-on pas, par une clause finale, assurer un certain minimum de droits tels que ceux dont elles jouissent actuellement en dehors de toute réglementation internationale ? La formule suivante pourrait-elle être acceptable ?

Article 10 bis ou 12

Les personnes morales répondant aux conditions visées aux articles 2 et 3 qui n'auraient pas sollicité le statut international prévu par la présente convention ou qui n'auraient pas été désignées par une des Parties contractantes aux termes de l'article 1er continueront à être traitées d'après le droit commun ou à être tolérées (reconnues) comme elles l'étaient avant la ratification de cette convention.

Veuillez agréer, Madame, l'expression de ma haute considération et de mes sentiments distingués.

Max Huber

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES
du volume I

PREMIÈRE PARTIE

Travaux préparatoires de la session de Bath
septembre 1950

Pages

I. *La détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats* (Deuxième Commission). Rapport et projet de Résolutions provisoires présentés par M. *Ch. Rousseau* 5

A. Rapport provisoire de M. Ch. Rousseau. 5

I. Origine de l'art. 2, § 7 de la Charte des Nations Unies. Comparaison avec l'art. 15, § 8 du Pacte de la S. d. N. . . 6

II. Application de l'art. 2, § 7 de la Charte 12

III. Appréciation critique 14

B. Projet de Résolutions. 19

Annexes

Questionnaire préliminaire adressé aux membres de la Commission par M. Ch. Rousseau le 30 septembre 1949 21

Observations des membres de la Commission en réponse au questionnaire de M. Ch. Rousseau. 22

1. Réponse de M. Jules Basdevant 22
2. Réponse de M. J. L. Brierly. 27
3. Réponse de M. Georges Kaeckenbeeck 29
4. Réponse de M. S. Krylov. 33
5. Réponse de M. Charles De Visscher 36
6. Réponse de M. Hans Wehberg 39

Pages

II. *Les effets internationaux des nationalisations* (Troisième Commission). Rapport et projet de Résolutions définitifs présentés par M. *A. de La Pradelle* 42

A. Rapport provisoire de M. A. de La Pradelle 42

I. Origines historiques : guerre et misère 43

II. L'ébranlement international du droit acquis 47

III. La résistance de la propriété privée 50

IV. Le double régime international de la privation de la propriété par la détermination de l'arbitraire : expropriation et nationalisation 53

B. Projet provisoire de Résolutions 67

C. Observations des membres de la Commission 73

1. Lettre de M. Algot Bagge 73
2. Lettre de M. Paul Guggenheim 76
3. Lettre de M. Antoine Hobza 80
4. Lettre de M. K.G. Idman 87
5. Observations by Mr. Arthur K. Kuhn 90
6. Observations by Mr. H. Lauterpacht 92
7. Lettre de M. Henri Rolin 95
8. Lettre de M. J.H.W. Verzijl 101
9. Observations de M. Hans Wehberg 108

D. Remarques complémentaires du rapporteur, M. A. de La Pradelle 113

E. Projet définitif de Résolutions 126

III. *L'asile en droit international public (à l'exclusion de l'asile neutre)* 133

1. Rapport de M. *A. Raestad* présenté au nom de l'ancienne septième Commission en 1939 133
Introduction 133
Résumé des points de vue exposés par les membres de la Commission 134

Pages

1. L'asile « neutre » écarté 134
2. Les deux variantes de l'asile maintenues. 134
3. « Asile », ici, ne peut pas désigner un lieu 135
4. Signification de l'expression « droit d'asile » 135
5. Le terme « asilé » constitue un néologisme 136
6. Nature de l'asile « interne » 137
7. Nature de l'asile « externe » 141

Commentaires sur le projet de Résolutions 146
Projet de Résolutions. 156

2. Rapport supplémentaire et projet définitif de Résolutions présentés au nom de la cinquième Commission par M. *Tomaso Perassi* en 1950 162

A. Avant-propos de M. Tomaso Perassi 162

B. Projet définitif de Résolutions 166

Annexes

Circulaire de M. Perassi du 12 septembre 1949 172

Observations des membres de la Commission en réponse à la circulaire de M. Perassi du 12 septembre 1949 173

1. Observations de M. Barbosa de Magalhães 173
2. Lettre de M. Jules Basdevant 175
3. Réponse de M. L. Gajzago 176
4. Réponse de M. K. G. Idman 188

Circulaire de M. Wehberg du 2 janvier 1950 193

Projet provisoire de Résolutions transmis aux membres de la Commission le 2 janvier 1950 194

Observations des membres de la Commission en réponse à la circulaire du 2 janvier 1950 et relatives au projet de Résolutions du même jour 200

1. Observations de M. Barbosa de Magalhães 200
2. Réponse de M. H. Donnedieu de Vabres 201
3. Lettre de M. M. O. Hudson 203
4. Lettre de Sir Cecil J. B. Hurst 204
5. Lettre de M. K. G. Idman 205
6. Réponse de M. Fernand De Visscher 206

Pages

IV. *Les changements territoriaux et leurs effets sur les droits des particuliers* (Sixième Commission). Rapport et projet de Résolutions provisoires présentés par M. *Alexandre Makarov* 208

A. Rapport de M. Alexandre Makarov 208

B. Projet de Résolutions 251

Annexes

Questionnaire adressé aux membres de la Commission le 19 juillet 1949 256

Réponses des membres de la Commission au questionnaire . . . 257

1. Réponse de A. Badawi Pacha 257
2. Réponse de M. Felix Calonder 261
3. Réponse de M. Paul Guggenheim 263
4. Réponse de M. Georges Kaeckenbeeck 266
5. Réponse de M. Rudolf Laun 270
6. Réponse de M. Manlio Udina 272
7. Réponse de M. J. H. W. Verzijl 273

Observations des membres de la Commission concernant le rapport provisoire de M. A. Makarov du 17 mars 1950 278

1. Observations de A. Badawi Pacha 278
2. Observations de M. Paul Guggenheim 283
3. Observations de M. Georges Kaeckenbeeck 285
4. Observations de M. Manlio Udina 288
5. Observations de M. J. H. W. Verzijl 290

V. *La portée extraterritoriale des sentences répressives étrangères* (Suite de la revision des Résolutions de Munich, 1883). 295

1. Rapport et projets de Résolutions présentés par MM. *A. Mercier* et *H. Donnedieu de Vabres* au nom de l'ancienne seizième Commission en 1939 295

A. Lettre adressée par M. H. Donnedieu de Vabres aux membres de la 16e Commission le 18 avril 1939 295

Pages

B. Rapport préliminaire de M. A. Mercier 297
C. Rapport complémentaire de M. H. Donnedieu de Vabres 316
D. Avant-projet à soumettre aux membres de la 16e Commission 328
E. Observations des membres de la Commission en réponse à la lettre de M. H. Donnedieu de Vabres 332
1. Lettre de M. McNair 332
2. Lettre de M. Diena 333
2. Lettre de M. Neumeyer 337
F. Rapport définitif 342
G. Projet de Résolutions soumis à l'Institut par MM. A. Mercier et H. Donnedieu de Vabres 342
2. Supplément au rapport de 1939 et texte définitif du projet de Résolutions présentés au nom de la septième Commission par M. *H. Donnedieu de Vabres* 347
A. Avant-propos de M. H. Donnedieu de Vabres 347
B. Projet de Résolutions 350

Annexes

Circulaire de M. H. Donnedieu de Vabres, du 4 février 1949 354
Observations des membres de la Commission en réponse à la circulaire de M. H. Donnedieu de Vabres 355
1. Lettre de M. J. L. Brierly 355
2. Lettre de M. Manlio Udina 357
3. Lettre de M. Edwin D. Dickinson 359
4. Lettre de M. J. P. A. François 361
5. Lettre de A. Badawi Pacha 362

VI. *De l'interprétation des traités* (Douzième Commission). Rapport et projet de Résolutions présentés par M. *H. Lauterpacht* 366

A. Rapport de M. Lauterpacht 366
I. Introduction 366
II. Théorie du « sens clair ». 377

Pages

III. Travaux préparatoires 390

IV. L'interprétation restrictive et l'interprétation extensive. Le principe de l'effet utile ou de l'efficacité 402

V. Fonction de l'interprétation à défaut d'une intention commune et réelle chez les parties 423

B. Projet de Résolutions 433

C. Observations des membres de la Commission sur le rapport de M. Lauterpacht 435

1. Comments by Sir Eric Beckett 435
2. Réponse de M. H. Kraus 444
3. Réponse de M. A. Makarov 447
4. Observations de Sir Arnold D. McNair 448
5. Réponse de M. Ch. Rousseau 453
6. Réponse de M. G. Salvioli 453
7. Observations de M. A. von Verdross 455

D. Remarques complémentaires du rapporteur, M. Lauterpacht . 457

VII. *L'influence des conditions démographiques sur le règlement des conflits de lois* (Treizième Commission). Rapport et projet de Résolutions définitifs présentés par M. *José de Yanguas Messia* 461

A. Rapport définitif de M. de Yanguas Messia 461

I. Introduction 461

II. Les faits et les lois 463

III. Le droit conventionnel américain 466

IV. Le facteur démographique en France 468

V. La doctrine 470

VI. Les conditions démographiques et les conflits de lois . . . 474

B. Projet définitif de Résolutions 480

Pages

Annexes

Documentation contenue dans le rapport préliminaire présenté par M. de Yanguas Messia à la session de Bruxelles (1948) . 483

1. Questionnaire adressé aux membres de la Commission le 31 décembre 1947 483
2. Réponses des membres de la Commission au questionnaire du 31 décembre 1947 484
3. Propositions préliminaires de M. de Yanguas Messia . . 488

Observations en réponse à la demande du rapporteur adressée aux membres de la Commission le 20 août 1949, de lui faire connaître leurs opinions sur son rapport préliminaire 489

1. Note de M. Jules Basdevant 489
2. Réponse de M. J. L. Brierly 499
3. Réponse de M. Max Gutzwiller 500
4. Réponse de M. Helge Klaestad 502
5. Réponse de M. A. de La Pradelle 503
6. Réponse de M. J. P. Niboyet 523
7. Observations de M. Haroldo Valladão 534

VIII. *Les conditions d'attribution d'un statut international à des associations d'initiative privée* (Seizième Commission). Rapport et projet de Résolutions présentés par M^me^ *Suzanne Bastid* 547

A. Rapport provisoire de M^me^ S. Bastid le 22 juin 1949 547

B. Projet provisoire de Résolutions 566

Annexes

Questionnaire préliminaire adressé aux membres de la Commission par M^me^ S. Bastid le 22 juin 1949 570

Observations des membres de la Commission en réponse au questionnaire de M^me^ S. Bastid 573

1. Réponse de M. L. Babiński 573
2. Observations de M. Eugène Borel 577
3. Observations by Sir Eric Beckett 584

Pages

4. Observations de M. Max Gutzwiller 594
5. Observations de M. Max Huber 603
6. Réponse de M. G. Ripert 611

C. Rapport supplémentaire de M^me S. Bastid 613

D. Projet de Résolutions définitif 617

Annexe

Observations des membres de la Commission concernant le rapport et le projet de Résolutions provisoires 623

1. Observations by Sir Eric Beckett 623
2. Observations de M. Eugène Borel 624
3. Lettre de M. Max Huber 629

— — —

Imprimé en Suisse