INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL.

ANNUAIRE

Tome 44

1952

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.

1952

—

ANNUAIRE

DE

l'Institut de Droit International

ANNUAIRE

DE

l'Institut de Droit International

—

Quarante-quatrième volume

—

Session de Sienne

AVRIL 1952

—

Tome I

(44)

Justitia et Pace

1952

BALE

Editions juridiques et sociologiques S. A.

(Verlag für Recht und Gesellschaft A G.)

ıprimerie de « La Tribune de Genève »

PREMIÈRE PARTIE

Travaux préparatoires de la Session de Sienne

I. L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers

(Première Commission)

Rapport et projet de Résolutions définitifs

présentés par

M. Ernest Lémonon

A.

Rapport définitif

Dans sa session d'Oslo de 1932, l'Institut de Droit international a inscrit à son programme d'études la question suivante : « L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers ».

Désigné comme rapporteur, j'ai rédigé en mai 1938 — après consultation des membres de la Commission constituée à cet effet — un rapport qui fut imprimé en 1939 par les soins de l'Institut. Nos éminents Confrères, MM. Arminjon, Cavaglieri, Dumas, Gajzago, Kaufmann, Kosters, Politis, Poullet, Brown Scott, membres de cette Commission, avaient bien voulu me communiquer de nombreuses et fort intéressantes observations imprimées en annexe. Le rapport se terminait par un projet de convention.

Les événements ne permirent pas à l'Institut de porter la discussion de mon rapport à l'ordre du jour d'une de ses sessions. Le sujet fut cependant maintenu au programme de ses travaux, à la reprise de son activité, après la guerre de 1939.

L'ancienneté de ce rapport, l'évolution de la question depuis 1938, le décès d'un certain nombre de nos Confrères qui m'avaient à l'époque assisté de leurs conseils, ont amené l'Institut à penser — et j'ai partagé son sentiment — qu'un nouveau rapport de ma part était nécessaire avant l'ouverture d'un débat. Une nouvelle Commission fut formée comprenant nos Confrères : MM. Barbosa de Magalhães, Mme Bastid, Sir Eric Beckett, MM. Castberg, Dickinson, Fitzmaurice, Idman, A. de La Pradelle, Lauterpacht, Morelli, Niboyet, Charles De Visscher.

Le 23 juin 1951, j'ai établi un rapport préliminaire que j'ai, selon l'usage, adressé aux membres de la nouvelle Commission. Ceux-ci m'ont fait tenir leurs observations et j'ai essayé, dans ce rapport définitif, de tenir compte, dans la plus large mesure possible, des avis, conseils et suggestions qu'ils avaient bien voulu me communiquer.

Introduction

Je rappellerai tout d'abord que la question de l'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers a fait l'objet de la part de l'Institut, dans sa session de Hambourg de 1891, d'un ensemble de Résolutions qui ont été publiées dans le volume II de l'édition nouvelle abrégée de l'*Annuaire de l'Institut* (1928, aux pages 1215 et suiv.). Ces Résolutions, dont l'ensemble était assez peu cohérent, qui traitaient de l'immunité des chefs d'Etat étrangers en même temps que de

celle des Etats, appelaient de toute évidence une étude nouvelle et une refonte totale. Ce fut l'idée qui inspira l'Institut quand il inscrivit le sujet à ses sessions de 1932 et de 1939.

*
* *

L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers repose sur une tradition fort ancienne, qui a sa source principale dans l'indépendance réciproque des Etats.

Quand on étudie cet important sujet, fort complexe, on se trouve tout de suite en présence, dans tous les pays qu'on considère, d'un nombre considérable de décisions de jurisprudence qui sont fort différentes les unes des autres, ainsi que d'opinions doctrinales très diverses.

La *lex lata* en la matière apparaît ainsi comme assez difficile à dégager. L'Institut pensera sans doute que, avec le projet de Résolutions que je lui soumets aujourd'hui, il lui appartiendra principalement de rechercher la *lex ferenda*, d'indiquer les principes qu'il lui apparaît désirable de voir appliquer. L'étude des diverses jurisprudences et doctrines actuellement existantes sera certainement de nature à aider l'Institut à fixer sa position. Je tiens à rappeler tout de suite qu'en 1932 la *Harvard Law School* a fait, sur la matière qui nous occupe, une remarquable étude qu'on ne devra pas négliger.

J'insiste sur le fait que les divergences importantes entre les jurisprudences nationales, qui seront précisées dans le cours de ce rapport, me paraissent devoir rendre très difficile l'élaboration d'un texte qui puisse être unanimement accepté si ce texte était basé sur ces jurisprudences. Je montrerai en effet plus loin que, si la tendance jurisprudentielle et doctrinale actuelle des pays européens est plutôt en faveur d'une limitation de l'immunité de juridiction des Etats étrangers, les idées directrices des jurisprudences anglaise et américaine sont, par contre, nettement opposées à celles des jurisprudences continentales.

Aussi, ainsi que l'a suggéré très justement notre éminent Confrère Mme *Bastid*, m'apparaît-il — et je reprends ici les termes mêmes de son rapport — que l'objet des Résolutions qui clôtureront ce travail doit être surtout de définir, pour les juges des Etats qui, s'inspirant des règles posées par l'Institut, viendraient à conclure ultérieurement une convention sur la matière, des règles communes de *compétence*, et ce afin de donner plus de sécurité aux relations juridiques internationales.

Aborder directement le problème des *droits de l'Etat* en la matière ne permettrait sans doute pas, je le répète, d'aboutir à un accord. L'expérience montre qu'un Etat étranger *peut* être assigné, mais le plus souvent le tribunal saisi *doit* refuser de connaître de l'affaire.

Le projet soumis ici à l'Institut aura donc pour objet essentiel de déterminer l'obligation pour le juge de s'abstenir de statuer sur la requête dirigée contre un Etat étranger, en précisant les diverses exceptions que cette obligation peut comporter.

Ces observations préliminaires indiquent dans quel esprit le problème soumis à l'Institut a été examiné ici.

L'immunité de juridiction

I. La théorie classique et la théorie moderne

Chacun sait que dans la matière qui nous occupe il y a, à la base, deux théories fondamentalement différentes : la doctrine dite classique ou de l'immunité absolue, et la doctrine dite moderne ou de l'immunité restreinte.

Dans le système classique de l'immunité absolue, écrivait en 1938 notre Confrère M. *Kosters*, le critère est la personne même de l'Etat étranger. La souveraineté des Etats, leur indépendance, leur dignité, leur égalité comme maître, s'opposent à ce qu'ils soient obligés de se soumettre à la juridiction d'un

autre Etat comportant par sa nature obéissance, condamnation et contrainte. Est décisif dans cet ordre d'idées la qualité de l'Etat lors de l'ouverture du procès. Ni la qualité étatique lors de l'accomplissement des actes qui sont à la base de l'assignation, ni la nature de ces actes eux-mêmes n'y jouent un rôle pour la question de l'immunité.

Dans le système classique, on admet généralement, au principe général de l'immunité, l'exception consistant en ceci que l'Etat étranger peut expressément ou tacitement renoncer à l'immunité, de même qu'il peut intenter des actions comme demandeur devant les tribunaux de l'autre Etat. A la vérité, là où il n'y a pas soumission forcée, mais reconnaissance volontaire, l'immunité ne se trouve pas violée.

Voilà la théorie classique qui sans doute offre des avantages considérables de nature politique. Elle évite le danger de compromettre les relations réciproques des Etats à la suite de procès intentés par des particuliers contre un Etat étranger, sans l'intermédiaire et le contrôle de leur gouvernement.

A l'heure qu'il est, continuait M. *Kosters*, le système énoncé est prédominant. La grande majorité des Etats, leurs gouvernements, leurs tribunaux s'en tiennent au principe de l'immunité renfermée dans la Convention de La Havane (1928, Code Bustamante, Art. 333 et suiv.). Les réponses des Etats données au Questionnaire de la Société des Nations ne semblent pas suivre une autre voie (*Société des Nations, Comité d'Experts*, 2me rapport 1928, pp. 57 et suiv.).

Le système moderne préconise, lui, ainsi qu'on le sait, l'immunité restreinte. Ici le critère, c'est la nature des actes accomplis par l'Etat étranger. La souveraineté de l'Etat se manifeste en deux genres d'actes, d'une part les actes de puissance publique et d'autre part ceux de droit privé, actes que l'Etat, en qualité de personne morale, accomplit à l'instar d'un particulier. Ces derniers actes, comme tous les rapports de droit

privé, relèvent par leur nature, normalement de la compétence des tribunaux ordinaires, aussi bien dans la sphère internationale que dans la sphère nationale. L'un et l'autre, en opposition avec les actes de puissance publique, qui ne sauraient être contrôlés ni critiqués par les organes d'un autre Etat.

La qualité d'Etat souverain au moment de l'ouverture du procès ne joue pas dans cette théorie, la souveraineté ayant seulement des effets sous l'aspect des actes accomplis.

Dans ce système, continuait encore M. *Kosters*, les difficultés de nature politique énoncées plus haut et propres à la suppression de l'immunité subsistent dans une certaine mesure. En revanche, la théorie présente des avantages sérieux de nature juridique. A la vérité, l'accès aux instances internationales est pour l'individu vis-à-vis d'un Etat étranger, ou bien exclu, ou bien le plus souvent impraticable. Procéder sur le territoire de l'Etat énoncé lui-même peut offrir des inconvénients de distance, de preuve, de frais, de langue, abstraction faite de cas où il est dans une mesure plus ou moins large exclu d'actionner l'Etat sur son propre territoire (l'Angleterre). Aussi répugne-t-il à la justice que, devant les tribunaux d'un autre Etat, l'Etat étranger a bien la faculté d'actionner comme demandeur l'individu à cause d'un rapport de droit privé, tandis que, en ce qui concerne ce même rapport, l'action de l'individu vis-à-vis de l'Etat énoncé ne serait pas recevable.

Actuellement, concluait M. *Kosters*, les tribunaux d'une minorité d'Etats — Belgique, Italie, Suisse, — adoptent ledit système, qui se trouve : *a)* dans la Convention de Bruxelles de 1926 relative aux immunités des navires d'Etat ; *b)* d'une manière unilatérale dans les Traités de paix de 1919 (Traité de Versailles, Art. 28, etc.) ainsi que *c)* dans certains traités bilatéraux. Des conférences importantes se meuvent dans la même voie (Imperial Economic Conference 1923). La doctrine est divisée entre les deux théories qui, bien que basées sur des

principes dissemblables, diffèrent, pratiquement parlé, presque seulement à l'égard des actes de droit privé (Rapport Matsuda-Diena, *Société des Nations, loc. cit.*, p. 56 ; Harvard Law School, *Research in International Law*, pp. 560 et suiv.).

***

Telles sont résumées les deux doctrines de l'immunité absolue et de l'immunité restreinte.

Avant d'étudier ces deux doctrines, il peut n'être pas inutile de rappeler brièvement la base juridique du principe auquel elles s'appliquent.

Le principe du droit des gens d'après lequel un tribunal ne peut connaître des actions dirigées contre un Etat étranger, a des origines fort lointaines. C'est dans les archives des Chancelleries qu'on en peut trouver les premiers éléments. D'abord l'immunité de juridiction a été établie au bénéfice des envoyés plénipotentiaires, et cela pour des motifs d'utilité pratique : un ambassadeur a besoin de l'immunité de juridiction pour pouvoir remplir en toute liberté sa mission.

Puis, la notion de l'immunité a été étendue aux chefs d'Etat, car celui qui envoyait à l'étranger un ambassadeur et le chargeait de négocier ne pouvait avoir de moindres droits que lui.

Des chefs d'Etat la notion de l'immunité a été étendue aux Etats, et cela pour des raisons multiples : d'abord des raisons de courtoisie, et aussi afin d'éviter des frictions, d'éviter également le reproche de suspicion. Il fallait encore sauvegarder le prestige des tribunaux nationaux qui ne doivent pas rendre de sentences qui risqueraient de rester lettre morte, sauvegarder le prestige de la force qui ne doit pas risquer de se déployer pour échouer. Il n'est pas douteux non plus que, dans les temps modernes, le grand développement pris par l'idée d'arbitrage ne soit venue renforcer la notion de l'immunité de juridiction.

La relation fondamentale des Etats, a dit encore un jugement récent du Tribunal de Bruxelles du 30 avril 1951 *(Société Commerciale de Belgique contre Etat hellénique)*, n'est pas leur indépendance réciproque. C'est la reconnaissance et le respect de leur souveraineté.

Ainsi, en principe, un Etat ne peut pas être jugé par un tribunal étranger. C'est en ce sens que les tribunaux de presque tous les pays européens ont d'abord statué, tout en reconnaissant le plus souvent, on le verra, qu'à ce principe des exceptions devaient être apportées.

La Cour de Cassation française s'est prononcée dans le sens de l'immunité absolue par un arrêt demeuré célèbre du 22 janvier 1849 (*Sirey* 49.1.81). Cet arrêt de principe ne faisait du reste que consacrer une jurisprudence déjà fortement établie (voir la note sous l'arrêt, ainsi que *Demangeat*, t. I, p. 412). Il a été suivi par un très grand nombre d'autres décisions qu'on trouve notamment mentionnées dans l'excellent *Traité de Droit international privé* (t. 6, p. 346) de notre collègue Niboyet.

Les jurisprudences de presque tous les autres pays adoptèrent la même position que la jurisprudence française (voir van Praag, *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1935, p. 103).

Les jurisprudences italienne, belge et suisse se montrèrent cependant beaucoup moins accusées que les jurisprudences ci-dessus (Cour de Cassation italienne, 17 décembre 1931, *Rivista di Diritto Internazionale*, 1932, p. 31). Bien avant l'évolution des jurisprudences européennes qui sera rappelée plus loin, les tribunaux de ces pays ne reconnaissaient pas à un Etat étranger dans tous les cas le droit à immunité de juridiction (voir notamment Foster, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international* 1938, III, t. 65, p. 477 et Kuratowski, *Clunet*, 1939, p. 768).

Tel fut le premier état de la question : il n'est pas douteux qu'autrefois, spécialement jusqu'à la guerre de 1914-18, la

doctrine classique de l'immunité absolue n'ait été presque partout très largement admise et appliquée.

C'est qu'en effet, avant cette guerre, les Etats agissaient, non pas bien évidemment toujours, mais le plus souvent au moins, au-dedans comme au-dehors, *jure imperii* ; leurs actes, d'ordinaire, n'étaient que l'exercice même de leur fonction gouvernementale.

Mais la guerre de 1914-18 ouvrit, dans ce domaine comme en tant d'autres, une ère nouvelle. L'Etat, en effet, agissant à l'étranger, commença de s'y comporter très fréquemment comme un simple particulier : il fit des affaires, ouvrit des commerces, organisa des entreprises industrielles. Il n'agit plus *jure imperii*, il géra ses affaires économiques exactement comme s'il était un de ses propres nationaux.

Aussi, dans presque tous les pays européens, la doctrine et la jurisprudence ont-elles considérablement modifié leur position originaire. Et on peut dire qu'aujourd'hui c'est la doctrine moderne qui presque partout l'emporte. Les exceptions à l'immunité vont sans cesse en augmentant. Un résumé de la jurisprudence française et étrangère, pour laquelle notre éminent confrère, M. *Lauterpacht*, m'a fourni une documentation précieuse, le prouve à l'évidence.

En France, l'origine de la nouvelle tendance peut se placer au moment où l'U.R.S.S. a installé à Paris une représentation commerciale [1]. La jurisprudence française a estimé que les

[1] Le principe de l'incompétence des tribunaux d'un pays pour connaître des conséquences civiles des actes d'un Etat étranger est demeuré quand il s'agissait d'actes accomplis par l'Etat étranger *jure imperii*, c'est-à-dire dans l'exercice de sa fonction gouvernementale. (Voir notamment en ce qui concerne les tribunaux français, Paris, 23 août 1870, *Dalloz*, 1871.2.9 ; *Clunet*, 1921, p. 180 ; en ce qui concerne les tribunaux belges et néerlandais, Bruxelles, 1er juillet 1891, *Belgique judiciaire*, 1891, p. 942 ; Tribunal de Maestricht, 23 novembre 1916, *Clunet*, 1921, p. 632 ; Bruxelles, 24 juin 1920, *Pasicrisie* 1920.II.122.) Même position de la part des tribunaux suisses.

actes de commerce d'un Etat étranger devaient rester en dehors du domaine de l'immunité de juridiction. (Voir notamment Paris, 19 novembre 1926 et Cassation requêtes 19 février 1929, *Sirey*, 1929. I. 49. — Paris, 28 juillet 1932, *Revue de Droit international*, 1932, p. 671. — Tribunal de la Seine, 9 octobre 1933, *même revue*, 1934, p. 159. — Cassation requêtes, 23 janvier 1933, *même revue*, p. 935, et diverses autres décisions de jurisprudence citées par Niboyet, *op. cit.*, p. 349. L'accord franco-soviétique du 29 décembre 1945 (*Revue de Droit international*, 1947, p. 468) a, dans son article 10, délimité les conditions de la compétence des tribunaux français dans les affaires relatives à la représentation commerciale soviétique.)

La jurisprudence la plus récente de la Cour de Cassation (Cassation requêtes, 5 février 1946, *Sirey*, 1947. I. 137) continue de s'orienter dans le sens des décisions citées ci-dessus. Elle refuse l'immunité pour les actes qui ne sont pas de puissance publique.

Comme la Cour se reconnaît le droit de fixer elle-même quels actes sont ou non de puissance publique, on aperçoit sans peine qu'elle a toute possibilité pour restreindre de plus en plus le champ de l'immunité (voir *Sirey*, 1950. I. 141).

La jurisprudence suisse paraît appliquer des critères un peu différents de ceux de la jurisprudence française, mais est cependant orientée dans le même sens qu'elle. Pour les tribunaux suisses (Tribunal Fédéral, 13 mars 1918, *RO* 44. I. 49; Tribunal Fédéral, 28 mars 1930, *RO* 56. I. 237), l'immunité de juridiction ne peut pas être invoquée si le contrat qui fait l'objet du débat a été conclu en Suisse, ou bien si le débiteur s'est engagé à l'exécuter en Suisse, ou au moins a agi de façon à constituer en Suisse un lieu d'exécution ; en un mot, si le contrat peut être considéré comme rattaché au territoire suisse, ce rattachement étant essentiellement une question d'espèce. Les légations et consulats qu'un Etat entretient à l'étranger

ne lui constituent pas un domicile dans ce pays. Par contre, des domiciles de paiement institués à l'étranger sont considérés comme des lieux d'exécution.

En Grèce, les actes *jure gestionis* d'un Etat ne peuvent pas donner droit à l'immunité de juridiction. Seuls les actes auxquels l'Etat étranger a procédé « comme pouvoir politique souverain » *(jure imperii)* peuvent en bénéficier (*Revue Hellénique de Droit international*, 1950, p. 331).

Même tendance devant les tribunaux mixtes d'Egypte (voir notamment *Bulletin de législation et de la jurisprudence égyptienne*, t. 33, 1920-21, p. 25).

Même tendance encore devant les tribunaux de l'Eire (*Irish Law Times*, 75, 1941, p. 153).

Devant les tribunaux autrichiens (affaire *Dralle*, 1950), les actes *jure gestionis* sont de la compétence des tribunaux nationaux.

Devant les tribunaux portugais (*Digest of International Law*, vol. 11, 1941, p. 438), l'immunité est refusée aux navires faisant du commerce.

Devant les tribunaux néerlandais ; ceux-ci, après avoir assez longtemps hésité, semblent se rallier maintenant à la doctrine moderne (*Annual Digest*, 1919-22, cas n° 8): l'immunité est refusée dans les domaines commercial, industriel et financier.

Devant les tribunaux roumains, qui ne reconnaissent pas l'immunité pour les activités de nature privée (*Revue de Droit International Privé*, t. 19, 1924, p. 581).

En U.R.S.S., un décret du 14 juin 1929 a décidé que la saisie des biens étrangers ne pourrait se faire qu'avec l'autorisation du Conseil des Commissaires du Peuple.

En Pologne, les tribunaux se déclarent compétents pour les matières qui ne sont pas *de jure imperii* (*Annual Digest*, 1927-28, cas n° 108).

En Suède, l'immunité est refusée pour toutes les opérations de caractère économique.

En Allemagne, la jurisprudence semble assez hésitante. Elle s'oriente cependant de plus en plus vers la doctrine moderne (doctrine classique dans *The Ice King*, 1923, *E.R.Z.* I 03, p. 274 — Doctrine moderne dans l'affaire *Halig*, 1928, *Zeitschrift für Völkerrecht* 15, 1930, p. 271).

Dans les pays de l'Amérique du Sud, la tendance est en général celle consacrée dans le Code Bustamante de 1928, dont l'article 335 refuse l'immunité dans le cas où l'Etat étranger a agi comme une personne privée.

Il n'y a guère que dans deux pays où la doctrine classique semble encore aujourd'hui prédominer.

En Grande-Bretagne, le principe de l'immunité absolue a été appliqué dans de très nombreuses espèces (voir notamment affaire *Krajina*, 1949, 2 All E. R. 274). Il convient cependant de noter qu'à l'occasion d'une affaire *The Cristina* (1938 A.C. 485), la Cour anglaise a examiné la question de savoir si le navire qui faisait l'objet du litige, qu'on avait dit être affecté à des besoins généraux, pouvait ou non être, en fait, considéré comme étant utilisé pour des fins purement commerciales. Il faut également retenir qu'à la suite du jugement dans l'affaire Krajina, ci-dessus mentionnée, une enquête de caractère juridique a été instituée sur le point de savoir si la pratique britannique n'allait pas au delà de ce qu'exigeaient les principes du droit international et la pratique des autres Etats. *Sir Eric Beckett* a bien voulu m'adresser un document fort complet qui est, je le crois du moins, ce rapport. Le document étudie de très nombreuses décisions de jurisprudence émanant des cours anglaises et où on constate l'application du principe de l'immunité absolue, avec, cependant, l'application d'exceptions quand l'activité gouvernementale ne peut être relevée d'une façon quelconque.

Aux Etats-Unis comme en Grande-Bretagne, la pratique de l'immunité absolue s'est établie depuis longtemps. Sa première manifestation a été la décision du Chief Justice Marshall dans l'affaire *Schooner Exchange contre Mac Faddon.* En 1925, dans l'affaire *Berizzi contre Pesaro* (1926 271 US 562), la Cour suprême a confirmé solennellement cette position. En 1945, dans l'affaire *Republic of Mexico contre Hoffman* (324 US 31), la Cour, tout en s'inspirant des mêmes principes, a refusé l'immunité estimant que le navire qui faisait l'objet du débat n'était pas la propriété du Gouvernement mexicain. Cette décision a semblé marquer une certaine évolution contre la pratique précédemment établie. Même tendance de la part du District Court for Washington dans l'affaire *The Beaton Park* (1946 65 F Supp. 213). La Cour a estimé que le navire n'était pas la propriété du gouvernement et n'opérait pas pour le compte de celui-ci. Se livrant à des opérations commerciales, il n'y avait aucune raison pour qu'il fût traité différemment des navires marchands américains.

II. Base juridique du présent rapport : la théorie classique

Tel est, résumé, l'état actuel de la jurisprudence dans les divers grands pays européens et les pays anglo-saxons.

Comme on le voit, l'opposition est complète entre les jurisprudences de ces deux groupes.

Pour fixer un point de départ dans le débat qui nous occupe, il faut évidemment faire un choix entre les deux tendances, bien qu'en réalité le résultat final soit, en fait, le même, quel que soit le principe auquel on s'arrête, puisque les pays anglo-saxons, tout en étant favorables à l'immunité absolue, ont cependant tendance à reconnaître des exceptions à celle-ci, comme le font les pays européens.

Je crois être l'interprète de la Commission en proposant à l'Institut de prendre pour point de départ la doctrine traditionnelle de l'immunité absolue, doctrine qui doit être tempérée par un très grand nombre d'exceptions, et en comprenant ce projet de Résolutions selon l'esprit que j'ai indiqué au début de ce rapport.

Je mentionne ici que notre éminent Confrère, M. *Lauterpacht*, a proposé, dans le rapport si complet et si intéressant qu'il a bien voulu m'adresser, un point de départ différent. Si j'ai bien compris son sentiment, M. Lauterpacht proposerait comme point de départ la tendance américaine, d'après laquelle un Etat étranger ne devrait pas avoir plus d'immunité que l'Etat devant les tribunaux duquel il est attrait — sauf cependant diverses exceptions qui seraient à délimiter, comme notamment tout ce qui concernerait les relations diplomatiques, en temps de guerre, les vaisseaux de guerre et, en général, tout ce qui pourrait avoir rapport avec l'activité législative de l'Etat étranger.

L'Institut aura à examiner cette suggestion fort intéressante. Comme je n'aperçois pas que celle-ci ait été présentée par d'autres membres de la Commission que M. Lauterpacht, je pense qu'il convient de s'en tenir plutôt au point de départ que j'ai indiqué plus haut.

***

Ce point de départ étant fixé, et avant d'arriver à l'examen des exceptions que l'immunité absolue doit comporter, deux questions préliminaires se posent : la première est celle de savoir quels Etats peuvent bénéficier de l'immunité; la deuxième si et, dans l'affirmative, dans quels cas un Etat peut renoncer à invoquer son immunité.

III. Deux questions préliminaires

a) Quels Etats peuvent bénéficier de l'immunité ?

Pour qu'un Etat puisse bénéficier d'une immunité de juridiction il faut qu'il soit un Etat. Il n'est pas nécessaire que ce soit un Etat souverain [1]. Mais il doit être reconnu en tant qu'Etat. S'il ne bénéficie que d'une reconnaissance *de facto*, la seule question qui peut se poser à son égard n'est pas celle d'une immunité de juridiction, mais celle de sa capacité pour ester en justice.

---

[1] En ce qui concerne les Etats protégés ou vassaux, voir Haute Cour de Justice d'Angleterre. 29 novembre 1893, *Sirey* 1894.4.17 ; Paris, 2 janvier 1810, *Sirey* chronologique et les arrêts ci-dessous indiqués.

La Cour de Cassation française a eu à se prononcer à plusieurs reprises en ce qui concerne l'immunité des Etats protégés devant les tribunaux de l'Etat protecteur (voir sur le caractère juridique du régime de protectorat le répertoire pratique Dalloz Protectorats n° 1 où on lit notamment que « la personne morale du pays protégé subsiste entière et ne s'absorbe pas dans celle du pays protecteur ». Adde le *Répertoire du droit français* de Carpentier, t. 3, Etranger n° 698 ; Pillet note au *Sirey* sous Cassation requêtes 1er juillet 1895, *Sirey* 96. I. 225 ; Surville, *Revue Critique*, 1896, p. 229.) La Chambre Civile de la Cour de Cassation a d'abord consacré ce principe implicitement à propos de la Tunisie par un arrêt du 21 janvier 1896, *Dalloz*, 1897. I. 305, avec les conclusions de l'Avocat Général Desjardins. La note du Professeur Jules Valéry (*ibid.*, p. 306) estimait il est vrai que, dans cette affaire, la question d'immunité ne pouvait pas se poser, motif pris de ce que les actes qui étaient à la base du litige porté devant le tribunal remontaient à une époque où la Tunisie était encore un Etat pleinement indépendant. Il convient cependant de rappeler, avec l'arrêt précité de la Chambre Civile du 3 août 1921, que la date qu'il fallait envisager pour retenir l'application de la règle de l'immunité devait être la date de l'introduction de l'action en justice. Or, dans l'affaire réglée par l'arrêt du 21 janvier 1896, la procédure judiciaire avait commencé en 1886, c'est-à-dire cinq ans environ après le Traité du 12 mai 1881, approuvé par la loi du 27 mai 1881, qui avait établi le protectorat français sur la Tunisie.

Notre éminent collègue M. *A. de La Pradelle* estime que l'Etat assigné doit comparaître non pas en tant qu'Etat mais en tant que personne privée du droit international. Il en serait de même quand l'Etat se présenterait comme demandeur. L'Etat, dit M. de La Pradelle, doit se dépouiller de sa souveraineté, comme un chevalier se dévêtirait de son armure. « Il faut qu'il abdique son titre et rentre dans le rang. »

Les démantèlements d'Etats — M. *de Magalhães* a critiqué ce terme; j'accepterais volontiers un autre terme s'il correspondait mieux à l'idée exprimée — les provinces, les villes, etc., ne peuvent pas bénéficier de l'immunité [1].

La Cour de Cassation a d'autre part consacré explicitement, par un arrêt en date du 5 novembre 1934, le principe de l'application de l'immunité de juridiction aux Etats protégés en repoussant un pourvoi interjeté devant elle contre un arrêt de la Cour d'Aix rendu le 30 décembre 1929 au bénéfice du protectorat du Maroc contre des porteurs de l'Emprunt Maroc 1904 (voir Aix 30 décembre 1929, *Gazette du Palais*, 1931. I. 245 et note Niboyet; *Dalloz*, 1932. 2. 153. et note Pic ; Cassation Requêtes, 5 novembre 1934, *Gazette du Palais*, 1934. 2. 937. et *Sirey* 1935. I. 31.).

En ce qui concerne les Etats simples, les Etats composés, les Etats d'union personnelle, les Etats d'union réelle, les Etats fédératifs, voir notamment Bruxelles, 28 juillet 1890, *Clunet* 1891, p. 1012.

En ce qui concerne les Confédérations d'Etats et les Etats qui en font partie, voir Weiss, *Traité de Droit international privé*, t. 5, p. 93, à propos de la ville de Genève et des cantons de la Confédération Suisse.

[1] En ce qui concerne le fait que l'immunité ne peut s'étendre à des personnes morales non souveraines comme des provinces, des départements, des villes, des établissements publics, voir notamment une décision de la Cour de Paris du 19 juin 1894 relative à la ville de Genève, *Clunet*, 1894, p. 1032 ; Tribunal de la Seine, 11 décembre 1922, *Clunet* 1923, p. 857. Cour de Cassation, 24 octobre 1932, *Dalloz*, 1933. I. 196. ; Tribunal de la Seine 2 mars 1948, *Gazette du Palais*, 1948. I. 139.

Les tribunaux italiens, égyptiens, autrichiens notamment, ainsi que les tribunaux suisses, ont à plusieurs reprises statué dans le même sens. (Voir notamment Naples, 2 décembre 1925, *Clunet*, 1926, p. 1090 ; Tribunal

Dans mon rapport préliminaire, j'avais indiqué que les services publics nationaux, les offices personnalisés et les services publics internationaux quand leur charte constitutive ne leur attribuait pas cette immunité, ne devaient pas davantage bénéficier de l'immunité.

Il m'a été fait remarquer que, le rapport traitant seulement de l'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers, ces différents services ne pouvaient y trouver leur place. L'observation est juste. Je maintiens cependant l'étude que j'ai précédemment présentée, car l'Institut peut, s'il le désire, élargir le titre du présent travail.

Je rappelle ici les principaux services publics internationaux auxquels leur charte constitutive accorde le bénéfice de l'immunité de juridiction.

1° O.N.U. Acte du 13 février 1946, art. 2. L'immunité de juridiction joue pour toute contestation même d'ordre privé. L'O.N.U. doit prévoir (Section 22 *bis*) les modes de règlement approprié pour les différends où elle serait partie, ou encore serait partie un fonctionnaire bénéficiant de l'immunité.

2° Organisation Economique Européenne. Convention du 16 avril 1948. Protocole additionnel n° 1, art. 2. L'Organisation jouit de l'immunité pour son fonctionnement, ses buts et ses avoirs.

3° Agence des Réparations. Accord du 14 janvier 1946. Ce sont les agents qui jouissent des immunités, aussi bien les

---

d'Alexandrie, 29 novembre 1924, à propos d'une Caisse Nationale d'Epargne, *Bulletin de l'Institut international de La Haye* 1926, 3.849 ; Cour Suprême de Vienne, 7 mars 1888, à propos des Membres de l'Ordre de Malte.)

La question de savoir si l'immunité de juridiction peut bénéficier à certains territoires ayant un statut particulier comme, avant la guerre de 1939, les territoires de la Sarre, Dantzig, ou Trieste n'a fait jusqu'ici, à notre connaissance, l'objet d'aucune décision de jurisprudence.

représentants des gouvernements que les fonctionnaires eux-mêmes, et ce dans toute la limite nécessaire à l'exercice de leurs fonctions.

4° Aviation Civile. Article 60 de la Charte du 7 décembre 1944. Chaque Etat s'engage à accorder les immunités nécessaires à l'exercice des fonctions des membres.

5° Cour internationale de Justice. Les membres de la Cour jouissent des privilèges et immunités diplomatiques au cours de leurs fonctions.

6° Fonds Monétaire International. Article IX de la Charte du 22 juillet 1944. Les fonds, biens et avoirs jouissent des immunités les plus étendues. Le personnel jouit d'immunités de fonction.

7° Banque Internationale de la Reconstruction. Les organes de la banque et la banque elle-même jouissent d'immunités de fonction vis-à-vis de tous les Etats membres.

8° Organisation internationale des Réfugiés. Les membres jouissent des immunités diplomatiques dans l'exercice de leurs fonctions.

Il convient de rappeler que toutes ces dispositions conventionnelles ne s'appliquent que dans les pays ayant participé aux accords constitutifs, ou y ayant adhéré, des organismes envisagés.

En ce qui concerne les offices et les services publics de l'Etat, l'immunité ne peut jouer que s'ils s'exercent par la personne même de l'Etat, ou par une personne morale propre assurant le service de l'Etat. Ce qui importe pour l'immunité, c'est que le service effectué soit un service d'Etat [1].

---

[1] Un service public, quelle que soit sa fonction, ne peut pas avoir droit à l'immunité, tout au moins en principe, Seul l'Etat en tant que tel peut y avoir droit (voir notamment Paris 28 février 1930, *Revue de Droit inter-*

M. *de Magalhães* a fait remarquer que les dispositions ci-dessus s'appliquant en réalité à toute la matière envisagée ici, il conviendrait de les placer tout à fait en tête du présent rapport. Il faut cependant retenir, ainsi que l'ont noté très justement MM. *De Visscher* et *Niboyet* — et ce malgré une jurisprudence toute récente des tribunaux belges [1] — que l'immunité de juridiction doit être considérée comme entièrement distincte de l'immunité d'exécution forcée.

D'autre part, il convient, semble-t-il, de marquer également en tête du présent travail que les litiges d'ordre administratif ne peuvent relever que des tribunaux de l'Etat qu'ils concernent.

Enfin, il semble utile de préciser que l'immunité ne peut pas être accordée quand il est établi que dans l'Etat assigné un demandeur ne peut trouver aucun tribunal auprès duquel il puisse valablement se présenter. La remarque a été faite avec beaucoup de raison par M. *Niboyet*.

---

national 1937, p. 454). La jurisprudence française a cependant apporté à ce principe, quelquefois, des exceptions (voir notamment Versailles, 27 janvier 1945, *Gazette du Palais*, 16 octobre 1945).

En ce qui concerne les Offices, ils ne peuvent bénéficier de l'immunité que s'ils sont des organes d'Etat, ou agissant pour le compte de l'Etat. Si ce sont des personnes morales distinctes de l'Etat, ils n'ont pas droit à l'immunité (voir notamment Cassation, 26 février 1937, *Sirey*, 1938. I. 117. et 30 juin 1937, *Sirey*, 1937. I. 336.).

A noter que, quand un Etat a droit à l'immunité de juridiction, celle-ci peut s'étendre même aux actes ayant pour auteurs des fonctionnaires ayant agi en dehors de leur compétence légale. La responsabilité de l'Etat ne peut, à cette occasion, être engagée que par la voie diplomatique.

[1] Voir Tribunal de Bruxelles, 30 avril 1951 *(Société Commerciale de Belgique contre Etat Hellénique)* : « Le pouvoir d'exécution est la conséquence du pouvoir de juridiction ».

b) Dans quels cas un Etat peut-il renoncer à invoquer son immunité ?

Un Etat peut-il renoncer à se prévaloir de son immunité ? La réponse affirmative n'est pas en principe douteuse. Mais il convient de préciser les cas dans lesquels cette renonciation peut intervenir.

La renonciation peut intervenir à l'occasion d'une espèce dont le tribunal est saisi, ou bien dans tout contrat pour les différends résultant de ce contrat.

Dans ces deux cas, la renonciation peut être expresse ou tacite.

Elle doit être certaine et ne peut pas s'induire de simples présomptions vagues [1].

Elle sera tacite notamment quand l'Etat aura conclu sur le fond du litige, ou aura affecté un bien au but du contrat.

---

[1] La renonciation doit être certaine et régulière. Une simple présomption vague n'est pas suffisante (Cassation requêtes, 28 juin 1933, *Revue de Droit international*, 1935, p. 935 ; Rennes, 19 mars 1919, *même revue*, 1922, p. 743 ; Cassation requêtes, 20 janvier 1934, *même revue*, 1935, p. 795). Si on déduit la présomption des circonstances de la cause, celles-ci ne doivent prêter à aucun doute possible (Weiss, *op. cit.*, p. 109 ; *Clunet*, 1893, p. 743 et 1875, p. 25).

Il en est ainsi notamment quand l'Etat étranger accepte de plaider au fond dans le procès où il est assigné (voir notamment Cassation Luxembourg, 19 juin 1908) — quand l'Etat étranger agit comme demandeur (Tribunal de la Seine, 23 novembre 1913, *Clunet*, 1914, p. 926 ; Paris, 30 avril 1912, *id.* ; Paris, 13 avril 1867, *Dalloz*, 1867. 2.49 ; Tribunal des conflits de Bavière, 4 mars 1885, *Clunet*, 1910, p. 895 ; Bruxelles, 7 février 1902, *Pasicrisie*, 1902. 2. 162.) — quand il y a, sur le territoire où l'Etat est assigné, des choses spécialement et expressément affectées par cet Etat à la garantie de ses créanciers (Weiss, *op. cit.*) — quand l'Etat exerce sur le territoire un commerce ou une industrie ou exploite un chemin de fer ou un autre mode de transport (van Praag, *op. cit.*, p. 146 ; *Clunet*, 1874, p. 35).

L'immunité de juridiction doit être soulevée *in limine litis.*

L'Etat demandeur, intervenant, ou tiers opposant devant un tribunal étranger doit être considéré comme étant censé avoir accepté la compétence de ce tribunal.

M. *de Magalhães* a proposé avec raison que ces dispositions figurent, comme celles précédemment indiquées, en tête de tout le projet.

IV. Les exceptions à l'immunité

Nous en arrivons ici à l'examen des exceptions que doit comporter l'immunité de juridiction.

Dans mon rapport préliminaire, j'avais proposé le terme d'« actes de gestion patrimoniale » au lieu de celui d'« actes de commerce » généralement employé en opposition aux actes *jure imperii.*

La majorité de la Commission ne m'a pas paru accepter ce terme. Elle a semblé préférer ceux d'actes de commerce — ou d'activité commerciale — ou d'activité non gouvernementale.

M. *A. de La Pradelle* n'approuve guère ces termes. Pour lui, le critère n'est pas l'acte *jure imperii* ou l'acte de commerce. Le critère est la fonction étatique. L'Etat aurait droit à l'immunité pour les actes accomplis dans l'exercice de son activité institutionnelle, c'est-à-dire conforme à la substance de sa fonction. Mais il n'aurait pas droit à l'immunité pour ses activités extra-fonctionnelles, lorsque, par exemple, il exercerait une activité qui, de par sa nature, est ouverte à tous dans le commerce universel, car, dans ce cas, il est en dehors de sa fonction.

Quels que soient les termes auxquels on se rallie, un Etat doit donc ne pas pouvoir, devant un tribunal étranger, bénéficier d'une immunité de juridiction toutes les fois où l'acte qui

motive le litige est un acte de commerce, au sens de la qualification reçue dans le pays du litige, analogue à celui qu'aurait fait un simple particulier.

M. *A. de La Pradelle* propose, lui, comme ne pouvant donner lieu à l'immunité les activités lucratives de droit privé, les activités morales, philantropiques, charitables, intellectuelles, et les activités strictement patrimoniales de droit privé.

De toute façon, peu importe qu'il s'agisse d'une action réelle mobilière ou immobilière, ou d'une action successorale.

En ce qui concerne les actions immobilières, l'immunité ne peut pas jouer. C'est là un principe universellement admis. Cependant il faut noter que ce principe a souffert dans son application jurisprudentielle, en France notamment, certaines exceptions, spécialement en matière de loyers (Tribunal de la Seine, 5 janvier 1939, *Clunet*, 1939, p. 605 et 30 octobre 1929, *Dalloz hebdomadaire*, 1930, p. 15) [1].

En matière d'emprunts, la jurisprudence française notamment semble s'attacher plus à la forme qu'au fond. Si l'emprunt est passé par un Etat pour le compte d'une ville, l'immunité doit jouer. A plus forte raison joue-t-elle quand l'emprunt est conclu par l'Etat pour son propre compte. Cependant, il apparaît bien qu'on pourrait envisager aussi la nature même de l'acte. L'immunité pourrait, semble-t-il, jouer quand l'emprunt serait un acte administratif, qu'il émane d'un Etat ou d'une ville. Elle ne devrait pas jouer quand il ne serait qu'un acte de commerce pur et simple. La jurisprudence ne paraît pas, pour le moment, s'orienter encore dans cette voie.

---

[1] En matière d'action réelle mobilière, voir notamment Rouen, 7 décembre 1938, *Revue de Droit international*, 1938, p. 93.

V. Les formalités de la délivrance de l'assignation et la loi qui la régit

Les assignations contre des Etats étrangers doivent être dirigées par la voie diplomatique.

Dans mon rapport préliminaire, j'avais indiqué que l'assignation ne devrait pouvoir être lancée qu'après autorisation des tribunaux du domicile du demandeur. M. *Castberg* a exprimé l'avis que tout tribunal devrait pouvoir donner l'autorisation. La majorité de la Commission a pensé qu'une disposition quelconque à ce sujet ne présentait pas d'utilité certaine.

D'autre part, la Commission s'est prononcée pour la *lex fori* comme loi devant régir l'assignation délivrée.

VI. L'Etat étranger demandeur doit-il la caution judicatum solvi *?*

A-t-il droit à l'immunité en cas de demande reconventionnelle dirigée envers lui ?

Envisageons maintenant le cas où l'Etat étranger n'est pas défendeur, mais demandeur.

La Commission s'est prononcée en faveur de l'obligation pour l'Etat demandeur, intervenant, ou tiers opposant devant un tribunal étranger, de payer la caution *judicatum solvi* si celle-ci est réclamée[1].

---

[1] Dans sa réponse de 1938, M. *Kosters* écrivait ce qui suit à propos de la caution *judicatum solvi :* « Faut-il à cet égard se référer à la *lex fori* ? ou bien le projet doit-il abroger pour l'Etat étranger la dite caution en complétant cette abrogation avec des règles sur l'exécution hors du territoire de l'Etat du forum, des condamnations aux frais et dépens du procès prononcés contre l'Etat étranger (Convention de La Haye de 1905 relative à la procédure civile articles 17 et suivants et la modification regardant la caution *judicatum solvi* proposée à la Conférence de La Haye de 1928, *Actes*, pp. 414 et 415). »

De même elle s'est prononcée contre la possibilité pour cet Etat de soulever l'immunité de juridiction si une demande reconventionnelle est dirigée contre lui. Il faut cependant que cette demande soit en connexion certaine, conformément au droit régissant la demande principale, avec cette dernière [1].

* * *

Immunité d'exécution forcée
(Saisie exécution et saisie conservatoire)

D'après certains auteurs, l'immunité d'exécution forcée aurait un champ d'application extrêmement large, si large même que ces auteurs vont jusqu'à considérer comme interdite toute exécution quelconque contre l'Etat étranger condamné. Certaines jurisprudences étrangères sont favorables à ce système que les tribunaux français ont eux-mêmes plusieurs fois adopté (voir notamment Bordeaux, 27 avril 1920, *Revue de Droit International*, 1921, p. 74 ; Le Havre, 9 mai 1919, *Clunet*, 1919, p. 747 ; Cour de Cassation, 5 mai 1885, *Sirey*, 86. I. 353).

En Belgique, en Italie, aux Pays-Bas, en Angleterre, aux Etats-Unis, la jurisprudence répugne à toute exécution possible contre l'Etat étranger (voir notamment van Praag, *op. cit.*, p. 129).

---

[1] Voir en ce qui concerne les demandes reconventionnelles notamment Bruxelles, 7 février 1902, *supra* ; Reichsgericht, 12 décembre 1905 ; Tribunal des conflits de France, 25 juin 1910, *Clunet* 1910, p. 899. Voir cependant, en sens contraire Brest, 3 juin 1908, *Revue de Droit international* 1911, p. 85.

En ce qui concerne les demandes en intervention voir notamment Paris, 2 avril 1936, *Revue de Droit international* 1936, p. 787 et Poitiers, 16 juillet 1937, *même revue*, 1937, p. 712.

D'après une autre tendance, l'exécution serait au contraire en principe possible. On fait valoir notamment à l'appui de cette opinion, que toute décision judiciaire doit être exécutée. D'autre part, l'idée de l'indépendance et de la souveraineté des Etats ne peut pas être utilement invoquée puisque, si le tribunal national a condamné, c'est que précisément il a estimé que ce principe n'était pas en cause.

En réalité, la possibilité de l'exécution d'une sentence contre un Etat étranger doit dépendre essentiellement de la nature de l'acte qui a motivé cette sentence. L'exécution est possible si le litige est de ceux qui n'étaient pas couverts par l'immunité et dont, par conséquent, les tribunaux ont pu connaître (Aix, 23 novembre 1938 ; Cassation requêtes, 19 février 1929), ce qui revient à dire que l'immunité d'exécution forcée ne peut être invoquée à l'égard des biens, droits et intérêts ayant pour origine des actes de commerce.

D'après la jurisprudence suisse, un séquestre n'est possible que si le contrat qui le motive peut être rattaché au territoire suisse, c'est-à-dire si le contrat a été conclu en Suisse, ou devait être exécuté en Suisse, ou si, au moins, le débiteur a agi de façon à constituer en Suisse un lieu d'exécution.

Cette jurisprudence pouvant porter préjudice à certains intérêts suisses, le Conseil fédéral a pris, en vertu de ses pleins pouvoirs, le 12 juillet 1918, un arrêté ainsi conçu : « Un séquestre au sens de l'article 271 LF ne peut en aucun cas être ordonné à l'égard de biens appartenant à un Etat étranger si cet Etat accorde la réciprocité. Sous la même réserve, des mesures d'exécution forcée sont interdites à l'égard de biens mobiliers appartenant à un Etat étranger. Il appartient au Conseil fédéral d'établir si la réciprocité existe. » En 1923, le Conseil fédéral proposa aux Chambres fédérales de transformer cet arrêté en loi. Par arrêté du 8 juillet 1926, le Conseil fédéral abrogea au contraire l'arrêté de 1918, mais en rappelant que

le rejet de la loi ne signifiait nullement que l'application de mesures d'exécution forcée à l'égard de biens d'Etats étrangers pût être admise. Les commissions avaient exprimé leur conviction que de telles mesures étaient incompatibles avec les règles du droit international public.

Pendant la guerre de 1939, le Conseil fédéral a décidé que le séquestre de biens appartenant à un Etat étranger ne pourrait être opéré qu'avec son assentiment. Les mesures d'exécution forcée prévues par le droit fédéral et le droit cantonal ne pourraient de même être prises qu'avec son autorisation (arrêté du Conseil fédéral du 24 octobre 1939).

Si on considère l'évolution générale de la jurisprudence des principaux pays, il semble que l'immunité d'exécution forcée ait de plus en plus tendance à être restreinte, et non élargie.

L'exécution forcée ne doit pas pouvoir être poursuivie sur les meubles et immeubles appartenant à un Etat sur territoire étranger qui sont affectés à son activité gouvernementale non commerciale.

Peu importe que l'Etat ait un droit de propriété, ou seulement un droit d'usufruit, ou même la simple possession.

Dans tous les autres cas, l'exécution forcée doit-elle être considérée comme légitime ? Mme *Bastid* a fait justement remarquer que le droit interne ne reconnaît guère l'exécution forcée contre l'Etat, et que, dans ces conditions, il apparaît vraiment difficile d'accepter celle-ci s'agissant d'un Etat étranger. Le seul cas, écrit-elle justement dans ses observations, où l'exécution forcée paraîtrait possible est celui où elle concerne les biens mêmes, ou les droits, objets du litige, lorsqu'ils peuvent être individualisés dans l'ensemble du patrimoine situé à l'étranger de l'Etat condamné.

Quand une procédure est possible, celle-ci doit être, d'après l'opinion de M. *Dickinson*, la procédure habituelle dans le pays où elle est intentée.

* * *

Quand il s'agit d'une saisie de nature conservatoire, celle-ci ne doit être possible que si elle se réfère à une créance née d'une activité commerciale et non gouvernementale [1].

---

[1] En ce qui concerne les saisies conservatoires, M. *Kosters* avait formulé en 1938 l'avis suivant : « Si nous sommes muets à ce sujet, la saisie conservatoire sera réglée par les lois nationales qui soumettront l'Etat étranger en matière de droit privé à l'instar des particuliers aux dispositions relatives à la matière. L'Etat étranger qui s'est obligé est, par dessus, un débiteur forain, qui se trouvera exposé, non seulement à la saisie-arrêt ordinaire, mais encore à la saisie foraine, saisie qui s'effectue partout légèrement, et qui généralement a l'effet que le tribunal, au lieu de la saisie-arrêt, est compétent pour connaître de l'existence de la créance. Pour ce dernier point, je me permets de me référer à ce que j'ai dit sur la compétence. En effet, le présent sujet augmente d'une manière considérable la force des arguments qui militent pour une réglementation de la juridiction. Mais, à part cela, on ne peut point admettre pour les Etats une saisie exceptionnelle inspirée de méfiance et crainte de l'insolvabilité de l'individu étranger qui n'habite pas le territoire de l'Etat. »

« Les autres saisies de nature conservatoire seront-elles admises contre l'Etat étranger ? On peut raisonner : L'Etat étranger qui participe aux rapports de droit privé doit sur ce point être soumis aux mêmes règles concernant ce droit que les individus. Il convient que ces derniers aient les mêmes garanties vis-à-vis de l'Etat que dans le cas inverse. Autrement il y aurait une inégalité, un privilège, en faveur de l'Etat, qui répugnent à l'équité. Pourtant j'estime qu'il est mieux de suivre un autre ordre d'idées. Ici, il ne s'agit pas de saisies exécutoires effectuées à la suite de jugements rendus conformément à des règles soigneusement établies à l'égard de la juridiction, jugements rendus après que l'Etat étranger a été mis en mesure de faire valoir ses droits. La seule lecture des Articles 537 et 538 du Code de procédure civile français, articles copiés dans plusieurs autres Codes, démontre que, là où il s'agit d'un Etat étranger débiteur, la saisie conservatoire pourrait se faire en vertu d'un seul titre quelconque constitutif d'une créance, sans qu'une permission antérieure du tribunal fût nécessaire. Cela pourrait devenir une source de surprises des plus désagréables qui doit être évitée dans l'intérêt des bonnes relations internationales. Après hésitation, je voudrais donc en fin de compte exclure la saisie conservatoire sur toute la ligne.»

Dispositions finales

Enfin, il me paraît utile de préciser :

1° que les Résolutions proposées ne font pas obstacle à l'admission contractuelle de cas d'immunité autres que ceux qui y sont prévus. M. *Castberg* a insisté en ce sens dans ses intéressantes observations ;

2° qu'elles ne visent en aucune façon à porter atteinte aux dispositions sur l'immunité de caractère général telles que la Convention de Bruxelles du 10 avril 1926 sur les immunités des navires d'Etat [1] ;

3° que tout différend qui viendrait à surgir au sujet de l'interprétation ou de l'application des règles faisant l'objet des présentes Résolutions et qui n'aurait pas reçu de solution soit par la voie diplomatique, soit par une procédure arbitrale ou autre, relèvera de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice, conformément à son Statut.

Bref rappel de mon rapport de 1938

Avant de clore ce rapport où j'ai essayé de tenir compte le plus largement possible des observations qu'avaient bien voulu me transmettre mes Confrères de la Commission — j'y ai eu

---

[1] On pourrait envisager, écrivait M. *Kaufmann* en 1938, d'insérer au préambule, ou au texte, une clause portant que notre projet d'une convention générale ne préjudicie pas à des conventions bilatérales, telles que celles conclues entre certains Etats et l'Union soviétique, et à des conventions générales relatives à des matières spéciales telles que celles relatives aux navires d'Etat, et que la conclusion de pareilles conventions bilatérales ou en matières spéciales, est recommandable notamment lorsqu'elles élargissent le champ des exceptions au principe de l'immunité de juridiction.

parfois quelque peine, car la Commission ne s'est pas réunie et les idées n'ont pu être échangées que par correspondance — je tiens à rendre hommage aux remarques si judicieuses que mes Confrères de la Commission constituée en 1938 m'avaient fait tenir et dont, dans ce rapport, je n'ai pas manqué non plus de faire souvent état. J'ai déjà eu l'occasion de citer ici certaines observations de notre confrère, M. *Kosters*, ainsi que de M. *Kaufmann*. Il m'est impossible, désireux d'éviter, à la demande de notre Secrétaire général, un exposé trop long, de résumer toutes les observations qui m'avaient alors été présentées. Je tiens cependant à noter spécialement, pour éclairer la religion de l'Institut, les points suivants, en m'excusant auprès de ceux de mes Confrères qui m'avaient prêté leur concours et que je ne citerai pas, de mon silence à leur égard, mais en les assurant cependant du très vif intérêt que j'ai pris à la lecture de leurs correspondances.

Sur l'immunité absolue ou restreinte

M. *Brown Scott*, dans un long et fort intéressant mémoire, avait exposé la théorie américaine de l'immunité absolue. Il avait conclu comme suit :

« Serait-il praticable d'abandonner toute immunité sauf dans le cas de...

c) Etats, pour autant qu'il s'agisse de

1) une quelconque révision de leurs lois, procédures ou décisions judiciaires ;

2) leur propriété publique, telles que vaisseaux de guerre non employés au commerce ; aéroplanes, appareils plus légers que l'air et plus lourds que l'air non employés à transporter pour de l'argent des marchandises ou des passagers ; autres navires employés à des expéditions purement scientifiques ou éducatives ; placements dans des entreprises nationales, étrangères ou privées pourvu que ces placements ne soient pas employés à léser le crédit national ou international du pays où ils sont effectués ;

3) armées en marche à travers des territoires étrangers moyennant telles règles que l'Etat les recevant peut prescrire ;

4) leurs ambassadeurs, ministres et leur suite, ainsi que les locaux de leurs ambassades et leur propriété personnelle. »

M. *Idman* avait rappelé la règle posée par la *Harvard Law School* d'après laquelle un Etat ne peut pas refuser l'accès de ses tribunaux pour la seule raison que le défendeur assigné est un Etat. M. Idman avait rappelé également une autre règle de la *Harvard Law School*, d'après laquelle l'Etat qui, dans son activité économique, fait concurrence à des particuliers ne peut pas revendiquer l'immunité, des actes isolés pouvant au contraire la justifier.

Pour M. *Arminjon*, le but ou la nature de l'acte pouvant donner lieu ou non à immunité devrait être souvent fort difficile à fixer.

Pour M. *Gajzago* la question de savoir quel était le caractère de l'acte pouvant donner lieu ou non à immunité devait être réglée par le tribunal lui-même.

Pour M. *Kaufmann*, seuls pouvaient donner lieu à immunité les actes accomplis dans l'exercice de la puissance publique.

Etendue de l'immunité

M. *Gajzago* s'était demandé si l'immunité pouvait être déclarée en toute matière, ou seulement en matière civile. Quid en matière de juridiction gracieuse ?

M. Gajzago estimait que toute immunité devait cesser en cas de guerre, ou de légitime défense.

Pour M. *Kaufmann*, il n'y avait pas lieu à immunité devant les tribunaux administratifs.

M. *Kosters* avait estimé qu'un Etat pouvait être assigné devant un tribunal étranger en responsabilité d'un délit ou d'un quasi délit commis sur le territoire du pays étranger. MM. *Gajzago* et *Idman* s'étaient montrés d'un avis opposé.

Base de l'immunité

M. *Gajzago* avait pensé que l'immunité avait pour but essentiel le souci de la paix entre Etats.

Qui peut invoquer l'immunité ?

M. *Arminjon* avait posé à ce sujet la question des pays sous mandat et des Dominions.

Action reconventionnelle

Comme l'avait proposé la *Harvard Law School*, M. *Idman* avait insisté pour que l'Etat étranger ne pût pas invoquer l'immunité en cas de demande reconventionnelle dirigée contre lui.

Exécution forcée

M. *Kaufmann* avait estimé que l'Etat devait subir l'exécution forcée sur tous les biens afférents à son activité économique.

M. *Idman* avait estimé que l'exécution forcée ne se comprenait guère que quand l'Etat aurait refusé d'exécuter un jugement rendu contre lui.

Saisie conservatoire

Pour M. *Idman*, aucune saisie conservatoire ne devait pouvoir être pratiquée.

* * *

C'est par application des idées ci-dessus exposées que je propose à l'Institut conformément, je le crois du moins, au sentiment de la majorité de la Commission dont j'ai eu l'honneur d'être le rapporteur, le texte ci-après d'un projet de Résolutions, destiné à remplacer le texte voté à Hambourg en 1891.

(25 novembre 1951.)

B.

Projet définitif de Résolutions

Article 1

Indépendamment des litiges d'ordre administratif qui ne peuvent relever que des tribunaux de l'Etat qu'ils concernent, les tribunaux d'un Etat ne peuvent connaître des litiges à l'égard d'un Etat étranger, sous réserve toutefois des exceptions indiquées ci-après.

L'immunité doit s'étendre aux services de l'Etat, soit qu'ils s'exercent par la personne de l'Etat, soit qu'ils s'exercent par celle d'une personne morale propre.

Les démantèlements d'Etats, les provinces, villes, etc., ne bénéficient pas de l'immunité.

Les services publics internationaux ne bénéficient de l'immunité que quand leur charte constitutive la leur attribue.

L'immunité de l'Etat n'existe pas lorsqu'il est établi qu'il ne fonctionne, dans cet Etat, aucune juridiction à laquelle un demandeur puisse effectivement s'adresser.

Article 2

Un Etat peut renoncer à se prévaloir de son immunité, soit à l'occasion d'une espèce dont le tribunal étranger est saisi, soit dans tout contrat pour les différends résultant du dit contrat.

La renonciation peut être expresse ou tacite. Elle doit être certaine, et ne peut s'induire de présomptions vagues.

L'Etat demandeur, intervenant, ou tiers opposant devant un tribunal étranger est censé accepter la compétence de ce tribunal.

Immunité de juridiction

Article 3

Les tribunaux d'un Etat peuvent connaître des litiges à l'égard d'un Etat étranger toutes les fois où l'acte qui motive le litige est un acte de commerce, analogue à celui d'un simple particulier, et au sens de la qualification reçue dans le pays du litige.

Il en est ainsi même quand il s'agit d'une action réelle mobilière ou immobilière, ou d'une action successorale.

Article 4

Les tribunaux d'un Etat ne peuvent connaître des litiges à l'égard d'un Etat étranger quand ces litiges sont relatifs à des dettes que celui-ci a contractées sur le territoire de l'Etat par voie d'emprunt public.

Article 5

L'assignation contre un Etat étranger doit être dirigée par la voie diplomatique.

Cette assignation est régie par la *lex fori.*

Article 6

Quand un Etat est demandeur principal intervenant ou tiers opposant devant un tribunal étranger, il doit, si elle est réclamée, la caution *judicatum solvi.*

Sur une demande reconventionnelle dirigée contre lui, il ne peut invoquer l'immunité de juridiction si cette demande est en connexion certaine, conformément au droit régissant l'action principale, avec cette dernière.

Immunité d'exécution forcée

Article 7

Un Etat a droit sur territoire étranger au bénéfice de l'immunité d'exécution forcée en ce qui concerne les meubles et immeubles lui appartenant se trouvant sur ce territoire et affectés à son activité gouvernementale non commerciale.

Quand il s'agit d'activité commerciale, l'immunité ne peut pas être invoquée en ce qui concerne les biens, objets du litige, qui peuvent être nettement individualisés dans l'ensemble du patrimoine situé à l'étranger de l'Etat condamné.

L'exécution, quand elle est possible, doit se faire selon les règles de procédure du pays où elle est engagée.

Article 8

Un Etat ne peut être l'objet sur un territoire étranger d'une saisie conservatoire que si celle-ci se réfère à une créance née de son activité commerciale et non gouvernementale.

Dispositions générales

Article 9

Les stipulations ci-dessus ne font pas obstacle aux conventions bilatérales sur le même objet, non plus qu'aux conventions générales relatives à des matières spéciales, comme la Convention de Bruxelles concernant les immunités des navires d'Etat du 10 avril 1926.

Tout différend qui viendrait à surgir au sujet de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention et qui n'aurait pas été réglé par la voie diplomatique, relèvera de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice conformément à son Statut, à moins que les Parties ne conviennent d'avoir recours à un autre mode de règlement.

ANNEXE

A.

Projet provisoire de convention sur l'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers (23 juin 1951)

A. *Immunité de juridiction des Etats étrangers*

Article 1

En principe, un Etat souverain ne peut être assigné devant un tribunal étranger.

En conséquence, les démantèlements d'Etats, les provinces, villes, etc. ... ne bénéficient pas de l'immunité de juridiction, non plus que, d'une part, les services publics nationaux et les offices personnalisés et, d'autre part, les services publics internationaux quand leur charte constitutive ne leur attribue pas cette immunité.

Article 2

Un Etat peut renoncer à se prévaloir de son immunité de juridiction soit à l'occasion d'une espèce dont le tribunal étranger est saisi, soit dans tout contrat de droit privé pour les différends résultant dudit contrat.

Dans ces deux cas, la renonciation peut être implicite. Elle sera présumée notamment, dans le premier cas, lorsque l'Etat aura conclu sur le fond du litige sans avoir excipé de son immunité; dans le deuxième cas, lorsque l'Etat aura affecté un bien au but du contrat.

Dans tous les cas, la renonciation doit être certaine et régulière; elle ne peut s'induire d'une présomption vague.

Article 3

Même lorsqu'il n'y aura pas consenti, un Etat peut être assigné devant un tribunal étranger toutes les fois où l'acte qui motive le litige est un acte de gestion patrimoniale, analogue à celui d'un simple particulier, qu'il s'agisse d'une action personnelle mobilière ou réelle mobilière, ou immobilière. Une action successorale ne peut justifier une demande d'immunité.

Article 4

Un Etat ne peut pas être assigné devant un tribunal étranger à l'occasion des dettes qu'il a contractées à l'étranger par souscription publique.

Article 5

Le tribunal étranger compétent dans les cas visés aux articles 2 et 3 ci-dessus, sera celui devant lequel le défendeur eût dû être assigné s'il avait été une personne privée.

Article 6

La compétence du tribunal étranger cessera s'il existe un tribunal international de droit privé entre l'Etat du demandeur et l'Etat défendeur; en ce cas, la compétence sera reconnue à ce tribunal.

Article 7

Les assignations contre des Etats étrangers doivent être dirigées par la voie diplomatique. Le demandeur ne pourra lancer une assignation qu'après y avoir été autorisé par le tribunal de son domicile. Ce tribunal devra faire connaître la demande à l'Etat intéressé en lui laissant un délai raisonnable pour présenter par la voie diplomatique ses objections éventuelles.

Article 8

L'assignation d'un Etat devant un tribunal étranger est régie par les lois de cet Etat, et non pas la *lex fori.*

Article 9

L'Etat demandeur, intervenant, ou tiers opposant, devant un tribunal étranger est censé accepter la compétence de ce tribunal. Le tribunal ainsi saisi doit statuer, sauf si l'Etat demandeur, intervenant, ou tiers opposant n'est pas reconnu par l'Etat dont relève le tribunal, ou n'entretient pas avec ledit Etat des relations diplomatiques.

Article 10

L'Etat demandeur principal, intervenant, ou tiers opposant devant un tribunal étranger ne doit pas la caution *judicatum solvi.*

Article 11

L'Etat qui assigne devant un tribunal étranger ne peut, sur une demande reconventionnelle dirigée contre lui, invoquer le bénéfice de l'immunité de juridiction, à condition que la demande reconventionnelle soit en connexion certaine, conformément au droit régissant la demande principale, avec cette demande.

Article 12

L'Etat demandeur principal, intervenant, ou tiers opposant, doit faire connaître à l'Etat dont le défendeur est ressortissant, le litige qui motive le procès entre lui et ce ressortissant.

Article 13

L'Etat demandeur ou défendeur devant un tribunal étranger peut être dispensé par le tribunal de communiquer toutes

pièces ou de fournir toutes preuves dont la production pourrait être de nature à compromettre l'exercice normal de sa souveraineté.

B. *Immunité d'exécution forcée des Etats étrangers*

Article 14

Les Etats n'ont droit sur un territoire étranger au bénéfice de l'immunité d'exécution forcée qu'en ce qui concerne les meubles et immeubles leur appartenant, se trouvant sur ce territoire et affectés à l'exercice de leur puissance publique.

Cependant, le bénéfice de cette immunité ne saurait être invoqué en ce qui concerne les biens qu'ils auraient expressément remis en gage ou donnés en hypothèque.

L'immunité d'exécution forcée ne peut être invoquée à l'égard des biens droits et intérêts ayant pour origine des actes de gestion patrimoniale.

L'exécution, quand elle est possible, devra être poursuivie par les moyens diplomatiques.

Article 15

Un Etat ne peut être l'objet sur un territoire étranger d'aucune saisie de nature conservatoire, sauf si la créance a pour cause un acte de gestion patrimoniale.

Article 16

Si un Etat se refuse délibérément à exécuter un jugement d'un tribunal étranger ayant eu pour cause un acte de gestion patrimoniale, toutes mesures de séquestre ou d'exécution forcée pourront être prises contre lui sur son propre territoire

ou sur le territoire de l'Etat dont le créancier est ressortissant, après que des négociations diplomatiques auront prouvé le refus de l'Etat d'exécuter de son plein gré ses obligations.

C. *Dispositions Générales*

Article 17

La présente Convention ne préjudicie pas aux Conventions bilatérales sur le même objet, non plus qu'aux Conventions générales relatives à des matières spéciales, comme la Convention de Bruxelles, concernant les immunités des navires d'Etat, du 10 avril 1926.

Il est hautement désirable que de telles conventions se multiplient, notamment lorsqu'elles ont pour effet d'élargir le champ des exceptions au principe de l'immunité de juridiction.

B.

Observations des membres de la première Commission

1. Observations de M. Barbosa de Magalhães

Lisboa, le 14 septembre 1951.

J'ai relu avec le plus grand intérêt l'excellent rapport présenté en 1939 et lu le rapport préliminaire que M. le rapporteur vient de présenter aux membres de la 1re Commission ; et étant, d'une manière générale, d'accord avec celui-ci, je me permets de soumettre à l'appréciation de M. le rapporteur et de la Commission les observations suivantes :

D'abord, les *questions de méthode et autres d'ordre général.*

L'article 1er s'applique, non seulement à l'immunité de juridiction, mais aussi à l'immunité d'exécution forcée.

Donc, on doit le mettre dans les dispositions générales en plaçant celles-ci au commencement du projet, ou en disant, dans l'alinéa B, que la règle de l'article 1er s'applique à l'immunité de l'exécution forcée.

On peut faire la même observation en ce qui concerne les règles de l'article 2, relatives à la renonciation à l'immunité, parce qu'elles sont applicables soit à l'immunité de juridiction, soit à l'immunité d'exécution forcée.

Il peut arriver qu'un Etat, qui n'a pas renoncé à l'immunité de juridiction, veuille renoncer à l'immunité de l'exécution forcée, ou *vice-versa.*

Et, d'un autre côté, je pense qu'on doit résoudre le doute posé par le rapport préliminaire en établissant que, si un Etat renonce à la première, il renonce *ipso facto* à la deuxième.

Quand il y a un titre exécutoire, on n'a pas besoin de faire précéder l'exécution forcée de l'action déclarative. Dans ce cas, la renonciation doit être possible également.

* * *

Dans le rapport préliminaire on trouve l'indication d'autres doutes qu'on ne voit pas résolus dans le projet de convention.

On ne trouve pas dans l'article 4 du projet la solution de tous ceux qui concernent les emprunts.

On dit dans le rapport que « l'immunité ne peut être soulevée que devant les tribunaux civils, les tribunaux administratifs ne pouvant de toute façon reconnaître que des actes des autorités françaises ».

Ces affirmations du rapport me forcent à penser qu'il serait utile de déclarer dans le projet que l'immunité peut être soulevée devant tout tribunal où l'Etat étranger est assigné.

Voici un exemple :

Si on déclare que les Etats étrangers ne peuvent pas être assignés devant les tribunaux administratifs, on pourra dire que les Etats étrangers ne pourront pas être assignés au Portugal pour des questions résultant d'un contrat de travail, puisque pour ces questions il y a des tribunaux spéciaux, contre les décisions desquels les voies de recours vont à une Section de la Cour Administrative Suprême.

* * *

Le rapport pose cette question : « Peut-on exécuter en France un jugement rendu hors de France contre un Etat étranger ? »

Je crois qu'il faut, en donnant un caractère général à la question, insérer la réponse dans une règle du projet. Mais je crois aussi que la réponse donnée dans le rapport, outre qu'elle est dubitative, n'est pas en accord avec l'idée de *gestion*

patrimoniale, vu que celle-ci comprend des actes qui ne sont pas de nature commerciale.

Dès qu'un Etat a été assigné devant un tribunal étranger, on doit admettre que la sentence peut être exécutée dans un autre Etat étranger.

* * *

« Dans le cas où l'Etat poursuivi ne serait, en fait, que le mandataire d'un particulier, dit le rapport, des mesures d'exécution seraient certainement possibles. »

Mais si l'Etat n'était qu'un mandataire, il ne serait pas condamné et aucune mesure d'exécution ne pourrait être décrétée contre lui.

* * *

En ce qui concerne l'hypothèse judiciaire, elle ne peut pas être générale, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas être constituée sur les biens qui sont compris dans l'immunité.

Je pense qu'il est utile de le dire dans le projet.

* * *

Passons maintenant à l'appréciation des règles relatives à l'immunité de juridiction.

A. Immunité de juridiction des Etats étrangers

Quoique sans autorité pour donner mon avis sur l'emploi de mots français, je me permets de dire que le mot *démantèlement*, de l'article 1er, ne me paraît pas heureux.

Je pense qu'on doit employer les expressions mêmes qui sont employées dans la technique du droit public pour exprimer les phénomènes dont il s'agit.

La règle de la deuxième partie de l'article est présentée comme une conséquence du principe formulé dans la première partie ; mais je crois qu'elle est, au contraire, une exception au dit principe.

En tout cas, il serait préférable de supprimer l'expression « en conséquence ».

Dans la règle de la deuxième partie de l'article 1er, à mon avis, on doit supprimer la référence aux services publics internationaux, puisque le projet ne s'occupe, d'après l'indication de son objet, que de l'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers.

* * *

Dans l'article 3 on applique un nouveau critère pour faire la distinction des actes des Etats, dont les effets juridiques peuvent ou ne peuvent pas être discutés devant les tribunaux étrangers.

Je ne peux pas dire qu'il soit meilleur que les autres qui, jusqu'à présent, ont été présentés ; son application suscitera certainement aussi des doutes ; mais, comme tous les autres ne sont pas tout à fait satisfaisants, il faut essayer celui que le projet établit.

La dernière phrase de l'article 3 pourra être supprimée, en faisant mention des actions successorales dans la première partie.

* * *

Je pense que la règle de l'article 5 n'est pas nécessaire et je crains qu'elle ne soulève des difficultés.

D'après quelle loi doit-on déterminer le tribunal devant lequel le défendeur eût dû être assigné s'il avait été une personne privée ?

La loi du demandeur ou la loi de l'Etat défendeur ?

Il est préférable, à mon avis, de laisser aux règles générales de la compétence internationale la solution du problème.

* * *

Les articles 12 et 13 n'ont pas de place dans un projet qui s'occupe seulement de l'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers.

B. *Immunité d'exécution forcée des Etats étrangers*

A la fin de l'article 14, on dit que « l'exécution, quand elle est possible, devra être poursuivie par les moyens diplomatiques » ; mais alors, il n'y a pas d'exécution forcée dans le sens juridique du mot « exécution ».

En ce qui concerne l'exécution dans ce sens, la règle générale, qui résulte des dispositions du projet est celle qui se trouve à l'article 16 : l'exécution forcée ne peut être décrétée contre un Etat étranger que si celui-ci se refuse délibérément à accomplir les obligations qui lui ont été imposées par une sentence étrangère ayant eu pour cause un acte de gestion patrimoniale et après que des négociations diplomatiques auront établi le refus de l'Etat d'exécuter de son plein gré les dites obligations.

Supposons qu'un Etat est condamné par un tribunal étranger et qu'il n'accomplit pas les obligations qui lui ont été imposées.

Le demandeur intéressé ne pourra pas être poursuivi devant le même tribunal qui a prononcé le jugement.

Ce jugement peut avoir eu pour cause un acte de gestion patrimoniale, ou même un acte de puissance publique, si l'Etat défendeur a renoncé expressément ou tacitement à l'immunité de juridiction.

Cette dernière hypothèse n'est pas envisagée ni réglée dans le projet, mais, à mon avis, on doit appliquer la règle de l'article 16.

Alors, dans les deux hypothèses, qu'est-ce que doit faire le demandeur pour obtenir que l'Etat défendeur accomplisse les obligations que le jugement lui a imposées ?

Il doit utiliser les moyens diplomatiques, disent la règle de l'article 14, *in fine*, et la règle de l'article 16.

Si les négociations diplomatiques prouvent le refus de l'Etat d'exécuter de son plein gré ses obligations, *toutes* mesures de séquestre ou d'exécution forcée pourront être prises contre lui sur son propre territoire et sur le territoire de l'Etat dont le créancier est ressortissant (pourquoi pas sur le territoire d'un Etat tiers ?).

Mais il y a lieu de demander : toutes ces mesures peuvent-elles comprendre les biens mentionnés dans la première partie de l'article 14 ?

Si oui, la règle de cette première partie est inutile, parce qu'elle n'est pas applicable dès que le différend a été résolu par les moyens diplomatiques.

De même sont inutiles les dispositions de la deuxième et de la troisième partie de l'article 14 et de l'article 15.

Si toutes les mesures auxquelles se réfère l'article 16 ne comprennent pas les biens mentionnés dans la première partie de l'article 14, cette disposition et celle de la deuxième partie doivent être insérées à l'article 16.

La troisième partie de l'article 14 dit que « l'immunité d'exécution forcée ne peut être invoquée à l'égard des biens et intérêts ayant pour origine des actes de gestion patrimoniale ».

Mais en quoi consiste l'immunité d'exécution forcée ?

Il me semble que cette disposition est inutile, aussi bien que celle de l'article 15.

C. *Dispositions générales*

La deuxième phrase de l'article 17 doit, à mon avis, être supprimée ou insérée dans un préambule avec d'autres considérations d'ordre général.

* * *

Je suggère l'inclusion dans le projet de la même disposition qu'on trouve dans d'autres projets de l'Institut : « Tout différend qui viendrait à surgir au sujet de l'interprétation ou de l'application des règles ci-dessus énoncées et qui n'aurait pas reçu de solution, soit par la voie diplomatique, soit par une procédure arbitrale ou autre, relèvera de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice conformément à son Statut. »

Barbosa de Magalhães

2. Observations de Mme Suzanne Bastid

Paris, le 12 octobre 1951.

Monsieur et cher Collègue,

J'ai pris connaissance avec grand intérêt de votre rapport sur l'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers. L'abondante jurisprudence récente, notamment la décision de la Cour suprême d'Autriche dans l'affaire *Hoffmann contre Jiří Dralle*, montre l'actualité du sujet soumis à la première Commission de l'Institut. Les divergences traditionnelles dans les jurisprudences nationales rendront évidemment très difficile l'établissement d'un texte qui soit acceptable par tous les Etats. Si l'on peut constater un effort pour limiter l'immunité de juridiction des Etats étrangers, les idées directrices de la

jurisprudence anglaise, notamment dans les affaires *Dollfus, Mieg & Cie contre Bank of England* et *Krajina v. The Tass Agency*, sont encore bien différentes de celles des juridictions continentales.

Toutefois le sujet mérite un débat approfondi pour essayer de préciser les points sur lesquels un accord peut être réalisé.

Mes observations suivront l'ordre des articles du projet.

1. Etant donné la complexité de la matière, il me semble que la Commission devrait se limiter très strictement au sujet qui lui a été confié. Il y aurait donc lieu d'exclure totalement tout examen et toute allusion à d'autres immunités, notamment au profit des services publics internationaux. L'article 1er pourrait être modifié en conséquence.

D'autre part, l'immunité de juridiction des Etats étrangers ayant donné lieu à une jurisprudence très abondante et divergente d'Etat à Etat, l'objet d'une convention internationale devrait être de définir pour les juges des Etats contractants des règles communes de compétence afin de donner plus de sécurité aux relations juridiques, mais sans aborder directement le problème des droits de l'Etat. Ainsi l'expérience montre qu'un Etat étranger peut être assigné, mais, le plus souvent, le tribunal saisi doit refuser de connaître de l'affaire. Je préférerais que la convention détermine l'obligation pour le juge de s'abstenir de statuer sur la requête dirigée contre un Etat étranger, en précisant les diverses exceptions que cette obligation comporte.

Cette manière d'aborder notre sujet entraînerait une modification assez profonde de l'article 1er et de diverses autres dispositions, sans affecter d'ailleurs leur substance.

Enfin, je ne crois pas possible d'adopter une formule excluant l'immunité de juridiction pour les services publics nationaux. Leur condition juridique est bien différente de celle des collectivités locales sans personnalité internationale, car ils agissent

pour l'Etat et un artifice dans l'assignation permettrait, dans bien des cas, de réduire à néant la règle de principe. Au surplus, la jurisprudence paraît assez fermement établie en sens contraire (Batiffol, *Traité*, n° 705, p. 2 et la décision dans l'affaire *Krajina v. The Tass Agency*).

2. La rédaction des articles 2 et 3 pourrait être reprise pour grouper les exceptions à la règle de l'immunité. Il faut en effet distinguer les cas où l'Etat accepte la juridiction étrangère soit par un acte formel, soit par son comportement dans la procédure des affaires qui, par leur objet, ne comportent pas l'application de la règle. J'hésiterais à admettre qu'il y ait dans ce cas acceptation tacite de la juridiction, car ce serait une acceptation nécessaire.

3. Le mécanisme de l'article 7 est inspiré par des considérations très louables, mais on peut se demander s'il n'est pas de nature à soulever de grandes difficultés pratiques. La procédure préliminaire joue-t-elle lorsque l'on assigne un service de l'Etat? L'autorisation d'assigner étant accordée, le tribunal compétent au fond peut-il réexaminer l'application de la règle de l'immunité dans l'espèce ?

4. L'article 9 devrait sans doute être dissocié en deux dispositions distinctes : d'une part, il contient diverses exceptions à l'immunité de juridiction qui pourraient être rapprochées de celles que prévoient les articles 2 et 3 du projet ; d'autre part, il concerne la situation de l'Etat non reconnu. A cet égard, il n'est plus question d'immunité, mais de capacité pour ester en justice. Je serais d'avis d'écarter ce problème et, l'ayant mentionné dans le rapport, de ne pas le traiter. Mais si l'on veut lui consacrer certaines dispositions du projet, il doit être abordé de front, complètement et non pas seulement à propos d'hypothèses spéciales.

5. En ce qui concerne l'exécution forcée, les articles 14, etc. admettent des restrictions appréciables à l'immunité en pré-

voyant une procédure spéciale d'exécution, exorbitante du droit commun.

J'hésite à admettre ce système car le droit interne ne reconnaît guère l'exécution forcée contre l'Etat et il paraît difficile de l'accepter s'agissant d'un Etat étranger. Le seul cas où elle paraîtrait possible est celui où elle concerne les biens mêmes ou les droits objets du litige lorsqu'ils peuvent être individualisés dans l'ensemble du patrimoine situé à l'étranger de l'Etat condamné.

Enfin, il me semble qu'un bref exposé des motifs permettrait d'indiquer dans quel esprit ce problème très délicat a été examiné par la Commission.

Avec toutes mes excuses de vous adresser aussi tard mes observations, je vous prie de trouver ici, Monsieur et cher Collègue, l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Suzanne Bastid

3. Observations by Sir Eric Beckett

London, 11th September, 1951.

Dear Monsieur Lémonon,

In continuation of my letter of the 28th August, I now enclose a paper which I prepared for another Society dealing with the principles of English law with regard to the immunity from suit of foreign sovereign States and their Governments. The fact that it was prepared for another Society and that papers were being written by other members of the Society is responsible for the fact that my paper does not cover the immunity of a foreign sovereign Government in respect of its property, nor does it cover the question of the semi-sovereign State, or the question of the constituent member of a State which is a fede-

ration, etc. Apart from this, however, I believe that the paper which I now enclose is a very full treatment of the position as it results from the practice of the English courts. My paper is, I admit, not altogether easy to read because in many respects it goes soo deeply into the details of the matter and no doubt it is all the harder for a continental lawyer to read because it uses so many of the technical terms of English procedure. On the other hand, as you will no doubt agree, your own most admirable papers, both your new draft report and the earlier one of 1939, present a corresponding difficulty to an English lawyer. They are written with the procedure and practice of continental courts in mind, and with a fuller appreciation of the effect of the continental decisions than that of the decisions of the courts of my country. Incidentally, where you refer to English decisions, you do so in a way which renders it difficult to trace them. In referring to an English decision one always gives the names of the litigants and a reference to the Law Reports where the decision is to be found. My paper is meant to be strictly on *lex lata* lines, though, as you will see, from time to time I criticise a particular English decision but on the ground that it is not correct even *qua lege lata*.

My own position with regard to the subject matter of your paper is that, on the one hand, I am of the opinion that the amount of State immunity accorded by the English courts at present is somewhat wider than is required by the principles of public international law and is perhaps wider than is desirable. On the other hand, I have so far been unable to reach a conclusion in my own mind as to the manner in which, or the principles on which, or even the extent to which it would be proper and desirable to limit the immunity which is at present accorded by the courts of this country. I am therefore not in a position in general to express my view *de lege ferenda* on the draft Articles with which you conclude your report. I should regard some of

these draft Articles rather in the nature of *de lege ferenda* than *de lege lata*. Others of them would need some change in order to render them applicable to countries like my own as well as to countries on the continent of Europe. The provisions have been drafted clearly with the legal systems of the continent of Europe in mind.

In conclusion, I would like to express my admiration of the work which you have done in your two reports and my firm intention to study them in more detail later.

I am,

Yours very sincerely,

Eric Beckett

Appendix to the letter of Sir Eric Beckett

The principles of English Law with regard to the immunity from suit of sovereign Foreign States and their Governments

1. It is well to begin by defining the scope of the present paper. Lord Atkin in the *Cristina* (1938 1 A.E.R. 719) stated that there were " two propositions of international law ingrafted into our domestic law which seem to me to be well established and to be beyond dispute. The first is that the courts will not implead a foreign sovereign, that is, they will not by their process make him against his will a party to legal proceedings where proceedings involve process against his person or seek to recover from him specific property or damages. The second is that they will not by their process, seize or detain property which is his or which is under his control ".

2. This paper is confined to the first of Lord Atkin's two propositions and the second is the subject matter of another paper. It is, however, desirable to define the scope of the paper a little further. In the first place, no endeavour is made here to treat the question of actions against the agents of foreign States

and the extent to which by bringing an action against the agent the immunity from foreign and sovereign States can be circumvented, as this question merits special consideration.

3. It is, however, necessary for the purpose of this paper to reach conclusions on the meaning of the expressions " foreign sovereign States and their Governments ". The action might be against the King of Ruritania, the State of Ruritania or the Government of Ruritania. In so far as the action relates to public activities, there is really no need to make any distinction between the action against the Head of a State, and State or the Government. On the other hand, actions may be brought against the Head of State relating to his personal and private affairs. In the other cases, there is, so far as I am aware, no difference whether the action is in form against the Head of the foreign State, the State or the Government, and therefore for convenience the expression " person " will be used to cover all three [1].

4. On the other hand, the immunity belongs to foreign sovereign States. In this connection, questions arise as to the meaning of " foreign " and the meaning of " sovereign ". It is not proposed to enter this field here. An interesting question arises particularly with regard to British protected States and their Rulers. But from the point of view of public international law at any rate, these are when cited in English courts neither foreign nor sovereign[2], and it is really a matter of purely domestic

[1] In cases where the foreign sovereign is plaintiff, we find the following forms used :—

viz. The U.S.A. (1867 2 Ch. pp. 582)
The Emperor of Austria (1861 30 L.J. (Ch.) 690)
The Columbian Government (1826 1 Sim. 94)
The Republic of Guatemala (1927 1 K.B. 669).

[2] In (for instance) a French court they would certainly be foreign and the question whether they should be granted immunity, though not sovereign, raises the question of semi-sovereign States and constituent parts of a foreign sovereign State which is not discussed in this paper.

law and policy whether for the purposes of this immunity they should continue to be treated as if they were foreign and as if they were sovereign. On the other hand, the question of semi-sovereign States arises as regards foreign entities, for instance, a constituent State of a foreign Federal State, e.g. the State of Massachusetts or the State of São Paulo or a State which forms part of the Colonial empire of France or other foreign colonial empires. It is not, however, proposed to deal with that aspect of the matter here.

5. Another question, however, arises in this connection namely the position of the State recognised *de facto* but not *de jure* including the position of the Government of the State so recognised: (Israel was in this position at one time): the position of an entity which is recognised only as the *de facto* government of a State, *i.e.* the State is recognised *de jure* as an entity but the government is only recognised *de facto*. In this connection also, we have to consider the position when there is a civil war in a State and there are two governments both claiming to be the government of the State, one of which may be recognised *de jure* and the other *de facto* e.g. the position in the Spanish Civil War.

6. There is also the question as to what must be deemed to be included under the heading of foreign sovereign government, i.e. supposing that it covers all the Departments of that gov-ernement, what will be considered to be such a Department and what will not be so considered. Here we get into the realm of the *United States Shipping Board* (40 T.L.R. 601) and the *Tass Agency* cases (1949 2 A.E.R. 274). The question is where the line is to be drawn, because on one side of it there is the State-owned corporation, like the British Overseas Airways Corporation in respect of which there has hitherto been no serious question of ever granting State immunity.

7. We also have to consider :—

   1. whether under our law the grant of immunity is subject to the court being satisfied that in a corresponding case the foreign State would accord immunity to the United Kingdom :

   2. whether it applies to the case where the foreign State has engaged in what is essentially a commercial or other activity of the kind which individuals conduct and whether it applies in connection with real property held in England.

8. Further questions are :—

   a) the manner in which the character of an entity which may be a foreign sovereign State or Government is to be proved :

   b) the waiver of immunity by foreign sovereign States and governments :

   c) execution of judgments against a foreign sovereign State.

9. The special points referred in paragraphs 5-8 above will be considered at the end of this paper, though the one in paragraph 6 probably deserves special study. It will be convenient to begin with the general immunity of foreign States and governments from being made a party against their will to process in the courts.

10. The governing principle is that a foreign sovereign cannot be made a party to any proceedings in our courts against his will. If he initiates proceedings as plaintiff or applies *proprio motu* to be made a party to proceedings or voluntarily accepts the position of a party to proceedings when the initiative comes from other persons, he has waived his immunity. The question of what is a waiver and what effect it has is discussed in paragraph 23 below. The governing

principle applies not merely when the foreign sovereign is a defendant to an action instituted against him but in general also when it is proposed, on the application of another, to add him as a party to proceedings between other parties (such as, for instance, to make him a party to interpleader proceedings) though to the latter half of the proposition there are some exceptions [1].

11. The immunity, however, is an immunity from suit. It is not an exemption from the law since the activities of foreign sovereigns in our territory are governed by our law and their legal effect ascertained accordingly. This is shown clearly by the fact that immunity can be waived and if so the case is decided by the application of the ordinary law in the ordinary way [2]. In the *Tervaete* case (1922, p. 259) it would seem that

---

[1] In paragraph 12-18 below illustrations of the first half of the proposition are given and in paragraph 18 of the second half.

[2] In the analogous case of diplomatic privilege this is clearly illustrated in two cases, namely :—

(i) *Dickenson* v. *Del Solar* (Mobile and General Insurance Co. Third Parties) (1930 1 K.B. 376) an action for damages for negligent driving of a motor car by a Secretary of the Peruvian Legation. Immunity waived by Peruvian Minister. Held (rejecting a claim by the Insurance Company under the policy) that the defendant, notwithstanding his diplomatic status, had incurred a legal liability to the plaintiff and in consequence the Company were liable under the policy.

(ii) *R. v. Kent* (57 T.L.R. 307). Kent, a Second Secretary of the United States Embassy, was accused of the larceny of secret documents and breaches of the Official Secrets Act. When facts came to light he was dismissed by United States Embassy and immunity was waived from date of dismissal. Kent was convicted and sentenced : it was held that his immunity had been one from process only and not from the operation of the law, and when his immunity had been waived he could be made liable criminally or civilly for acts committed while he had diplomatic status.

all members of the Court of Appeal agreed with the statement of Lord Atkin when he said : " It seems to me correct to say that the acts of a foreign sovereign may constitute breaches of contract or of duty not arising out of contract which create rights in the other party [1]."

12. Two old cases have the features that they dealt with actions brought against the Head of a State who is also a British subject. They are the *Duke of Brunswick v. the King of Hanover* (6 Beav. 2 and 2 H.L.C. 1) and *Munden v. the Duke of Brunswick* (10 R. B. 661). In one of them the defendant had been, but had ceased to be, Head of a foreign State at the time the action was brought. The deduction to be drawn from these cases is that such a person, i.e. one who is both Head of a foreign State and a British subject, can claim immunity in respect only of the acts which he did in his character as Head of the foreign State, and that, when he did the acts in question in the foreign State, there is a presumption that he did them in his sovereign capacity. Further, a person who has been but is no longer Head of a foreign State has no immunity in respect of his private acts which he did when he was Head of a foreign State. If, however, proceedings were brought against him in respect of acts which were State acts which he did when he was Head of a foreign State, he has a defence to the action (i.e. that he is not personally liable for such acts) but not a claim to immunity.

---

[1] The decision that, if a foreign State-owned vessel collided with another vessel, no maritime lien was created, and that, if the vessel was subsequently sold into private ownership, she was not then liable to arrest in an action *in rem*, seems to be based on the view that a maritime lien is only a right to take proceedings and therefore cannot come into existence when the immunity from process results in there being no right to take proceedings. In the court below it has been held that the maritime lien did come into existence but merely could not be enforced while the vessel still belonged to a foreign sovereign.

There is nothing in these cases to suggest that a foreign sovereign who is not also a British subject has not a complete immunity from suit, though in the passage, which is quoted in the footnote below, the question is raised as to what the position is, if a foreign sovereign in this country commits crimes and torts and breaches of contract, a question which, it is submitted, arises with particular force in connection with the immunity in respect of property situated in this country which is in the *de facto* possession of a foreign sovereign, a point which falls within the scope of another paper [1].

---

[1] The following passage occurs in the judgment of the Master of the Rolls in the *Duke of Brunswick* v. *the King of Hanover* (6 Beav. 46) :— " Bynkershoek, in his Treatise *de Foro Legatorum* (cap. 3 (Op. ii. 150)), discusses the very question which is now under consideration. He supposes a sovereign prince to pass into the dominions of another prince, for any cause whatever of business or pleasure. It is not, he says, to be supposed, that the prince went there with the intent to put off his own sovereignty, and become the subject of another ; yet, what is to be done if he commits violence, or contracts debts in the country where he is ; this, he says, will depend on the law of nations, adopted from reason and mutual consent, and established by usage. If we consult reason, much is to be said on either side. If a prince, in the dominions of another, becomes a robber, homicide, or conspirator, is he to escape with impunity ? If he extorts money or becomes indebted, is he to be permitted to carry home his plunder ? It is, he says, difficult to admit that ; and yet, on the other hand, is that which reason and the consent of all nations has granted to ambassadors because they represent a prince and obey his orders, to be refused to the prince himself, perhaps transacting his own affairs ? Is the sanctity of the prince less than that of his ambassador ? Shall we compel the prince himself to answer when his envoy is free ? . . . " The Master of the Rolls, after two further pages expressing his uncertainty, reaches the conclusion at the end of page 50 : — " After giving to the subject the best consideration in my power, it appearing to me that all the reasons upon wich the immunities of ambassadors are founded do not apply to the case of sovereigns, but that there are reasons for the immunities of sovereign princes, at least as strong, if not much stronger, than any which have been advanced for the immunities of ambassadors ; that suits against sovereign princes of

13. omitted.

14. omitted.

15. *Wadsworth v. the Queen of Spain* and *de Haber* v. *the Queen of Portugal* were taken together in the year 1851 and are both reported in 17 Q.B. 170. In both cases the proceedings started in the Lord Mayor's Court by the process of foreign attachment, which was then of the procedure of that court under which, when it was desired to bring an action against a foreigner who had some assets in the jurisdiction, the proceedings began by serving a garnishee notice on the persons in this country who had in their possession the intended defendant's assets. In both cases the plaintiffs served such garnishee notices on bankers or other agents who held moneys on the account of the Portuguese or Spanish Governments. In de Haber's case the plaintiff's claim arose because a previous sovereign of Portugal had taken a balance in a bank at Lisbon standing to the credit of the plaintiff and in Wadsworth's case because the plaintiff held notes or bonds under which moneys were due from the Spanish state. The application was made to the Queen's Bench for a writ of prohibition directing the Lord Mayor to desist from entertaining these actions, the application being made on behalf of the Queen of Portugal in one case and on behalf of the garnishees in the other case, and in both cases the writ of prohibition was granted.

---

foreign countries must, in all ordinary cases in which orders or declarations of right may be made, end in requests for justice, which might be made without any suit at all ; that even the failure of justice in some particular cases, would be less prejudicial than attempts to obtain it by violating immunities thought necessary to the independence of princes and nations, I think that, on the whole, it ought to be considered as a general rule, in accordance with the law of nations, that a sovereign prince, resident in the dominions of another, is exempt from the jurisdiction of the courts there."

Lord Campbell C. J. based the decision on the *Duke of Brunswick* v. *King of Hanover*, namely that an action cannot be maintained in any English court against a foreign sovereign for anything done or attempted to be done by him in his public capacity as representative of the nation of which he is the head ; and no English court has jurisdiction to entertain any complaints against him in that capacity. The redress for such complaints by a British subject is' only to be sought through the laws and tribunals of the country which the foreign potentate rules or through diplomatic representatives, etc. of the British Government. To cite a foreign potentate in a British court for any complaint against him in his public capacity is contrary to the law of nations. Then, meeting the argument that neither foreign sovereign had been actually cited because the proceedings took the form of garnishee notices against their agents, Lord Campbell said that it was only open to the Lord Mayor's Court to issue a process of attachment, if the cause of action was one which his court was competent to entertain, and, after quoting a passage from Bynkershoek which was to the broad effect that the goods left in this country by a foreign sovereign might be attached for purposes of obtaining satisfaction for debts of the foreign sovereign, Lord Campbell observed that Bynkershoek was notoriously antipathetic to crowned heads and monarchial governments and himself admitted that other jurists differed from him on this point.

16. The next case which it is convenient to mention here is *Mighel* v. *the Sultan of Johore* (1894 1 Q.B. 149). Cases involving the immunity of a foreign sovereign which intervene between those discussed in the previous paragraphs and Mighel's case, while proceeding on the basis of recognising such immunity, relate on the one hand to the immunity of a sovereign's property, a topic which is the subject of another paper, or on the other hand either to the question of what is a waiver and what are

the consequences thereof or to the question of giving a foreign sovereign notice of a claim to a fund or other property in the jurisdiction in which he may be interested, so that he may intervene and defend his interests if he wishes to do so, and these aspects can be more conveniently treated later in this paper. In Mighel's case the well known facts are that the Sultan of Johore, when on a visit to England incognito, during which he passed under the name of Albert Baker, promised to marry the plaintiff and, on his subsequent visit to this country, she issued a writ against the Sultan of Johore alias Albert Baker. In a letter to the court the Colonial Office certified that the Sultan of Johore was an independant foreign sovereign and the court held that it was bound by the statement of the Secretary of State. Whether this statement from the Colonial Office was either legally correct or desirable from the point of view of policy is a question which falls within the scope of another paper. Apart from the question whether the defendant really was a foreign sovereign, the points for argument in the case were *(a)* whether a foreign Head of a State has immunity in respect of his purely private acts or transactions, and *(b)* whether by coming to England incognito and entering into contracts or transactions, he had waived his sovereign immunity. The second point falls for discussion later in this paper in connection with waiver and as regards the first point it is clear that the court which set aside the writ held that the foreign Head of State cannot be sued here in respect of his private acts. In the Divisional Court, Wright J. says roundly that " there is no precedent for saying that an independant foreign ruler can be sued in our courts. On the contrary, the proposition is opposed to every principle of international law as applied to the persons of sovereigns or those who represent them," and Lawrence J. says : " There are only two exceptions to this principle, namely (i) where a foreign sovereign comes to the

courts of this country for the purpose of obtaining a remedy, then by way of defence to that proceeding persons sued here may file a counter-claim, and (ii) when a foreign sovereign may be named as defendant for the purpose of giving him notice of a claim which the plaintiff makes to funds in the hands of a third person or trustee over whom the court has jurisdiction[1]." In the Court of Appeal Lord Esher M.R. stated that point *(a)* (immunity in respect of private acts), though it might have been left open in the *Duke of Brunswick* v. *the King of Hanover*, had been plainly decided in the *Parliament Belge* (1880 5 P.D. 205) by the Court of Appeal. It is in fact not quite clear that this was exactly so because the point in the *Parliament Belge* was that of a foreign sovereign, engaging in trade in a public capacity, whereas the case under consideration related to the purely private acts of a monarch. The case is also a leading authority for certain other points which fall for discussion later in this paper.

17. In paragraph 10 above it was said that a foreign sovereign cannot be made against his will a party to legal proceedings not merely when it is proposed to institute proceedings against him as defendant but in general also when it is proposed, on the application of another, to add him as a party to proceedings between other persons, though to the latter half of the proposition there are some exceptions. In elaboration of the principle it may be said that the plaintiff who wishes to make two parties defendants to an action because he considers that one or other of them (or perhaps both of them jointly) is liable in respect of the act complained of, cannot make a foreign sovereign one of the two defendants on the ground that the foreign sovereign is a proper party to an action against

[1] Point (i) falls within the sphere of waiver (paragraph 23 below). Point (ii) is discussed in the immediately following paragraphs.

the other defendant who is subject to the jurisdiction. Similarly, though a defendant who is sued can normally, if he considers that a third party is liable to him, if he is liable to the plaintiff, or that a third party is liable to contribute to any damages payable by him to the plaintiff, serve a third party notice on this third party, he cannot do so if the third party is a foreign sovereign. On the other hand, the exception and not the principle applies if there is, in the hands of A, a fund or property over which the court has jurisdiction[1] and proceedings are being taken in respect of that fund and the court, if it is to perform its duty, should be able to make Orders which dispose of the fund in a manner which operates *in rem*. In such a case notice is ordinarily given to all parties who may have an interest in the fund or property so that they can appear and defend their interests, if any, and in such a case such a notice can be served on a foreign sovereign. It has been held that if A holds money or property which may belong to C and B sues A to recover it and if A, who claims no interest himself, wishes to interplead and serve notice on C, A cannot do this if C is a foreign sovereign. In other words, it has been held that an interpleader proceedings come within the principle and not within the exception. It is not clear to me why it was so held.

A few cases are discussed in the immediately following paragraphs illustrating what is said in this paragraph.

---

[1] The fund or property will *not* be one over which the court has jurisdiction *if it is in the possession of a foreign sovereign* (as it may be if A is merely his servant or agent or perhaps if A is his bailee). Further, if and when the foreign sovereign has proved that he is the owner of the fund or property even if it is not in his possession, the court will have no longer jurisdiction over the fund. This aspect of the matter, however, falls within the scope of another paper. Vide for example Greene M.R. in *Haile Selassie* v. *Cable and Wireless* (54 T.L.R. 996) :— " When it is either admitted or proved that property to which a claim is made either belongs to or is in the possession of a foreign sovereign, the principle (sc. immunity) will apply."

18. In *Haile Selassie* v. *Cable and Wireless* (54 T.L.R. 628 Bennet J. and 1996 C.A.), the facts were that the defendant company had concluded a contract with a Department of the Government of the plaintiff as sovereign of Ethiopia. The plaintiff sought in this action to recover a balance due to the Ethiopian Government under the contract and it was agreed that a balance was due. The Italian Government, however, through their Ambassador in London, informed the defendants that the Italian Government claimed that this balance was now payable to them as successors in title to the Ethiopian Government and that the Italian Government did not agree to submit to the jurisdiction of the English courts for the determination of their claim. The defendants who admitted that the balance was owing either to the plaintiff or to the Italian Government took the view that because the Italian Government was a foreign sovereign and did not submit to the jurisdiction, they could not serve an interpleader notice on it and the correctness of this view was accepted both by Bennett J. and in the Court of Appeal, though the Court of Appeal overruled Bennett J. on another point, and held that there was jurisdiction to determine the plaintiff's claim even though this meant that the defendant company, if the decision went in favour of the plaintiff, would still stand the risk of being sued by the Italian Government. The Court of Appeal based this view on the ground that the Italian Government was not impleaded directly and the balance in question was not in the possession of the Italian Government and therefore no immunity attached to it as property unless and until it had been proved to belong to the Italian Government. That was the decision, but it has never seemed clear to me why an interpleader notice could not have been served on the Italian Government since it was not in possession of the property and the decision proceeded on the basis that a mere claim by a foreign sovereign to property of which he was not in possession was not enough to oust the jurisdiction.

It seems to me that the case is analogous rather to the cases to be considered later where there is a fund or property to be administered and notice is given to the foreign sovereign in order that he may come in and prove his claim if he wishes to do so. There are, however, cases in which it had been held that a party could not interplead against the Crown but (whether or not the position with regard to this is the same now, having regard to the Crown Proceedings Act) the position of the Crown in the English Courts and that of a foreign sovereign has, I suggest, never been analogous one to the other.

Gladstone v. *the Ottoman Bank* (1863 1 H.&M. 507) illustrates the principle that, if the Court cannot restrain the principal from breaking a contract because the principal is a foreign sovereign, it will not make orders restraining others from being accessory to the foreign sovereign's breach. The plaintiff alleged that the Sultan of Turkey had broken a contract with them which granted them an exclusive banking concession in Turkey, by granting another concession to the Ottoman Bank (defendants). On the above ground it was held that the court would make no order against the Ottoman Bank restraining them from proceeding with their concession because it was in breach of the plaintiff's concession.

19. For a case to fall within the exception, it would appear that there must be a fund or property *(a)* which is in the possession of a third party and not in the possession of a foreign sovereign, and *(b)* in which some person, in addition to the foreign sovereign, has come legal (including equitable) interest or title. Relief was refused in *Smith* v. *Weguelin* (1869) (8 Equity Cases 198) because it was not shown that condition *(b)* was satisfied. The company which held the Peruvian guano did not do so in any way as trustees for the bondholders of the Peruvian Government loan for the redemption of which the guano had been hypothecated.

For the same reasons relief was refused in *Twycross* v. *Dreyfus* (1877) (5 Ch. Div. 602) where the bondholders sued the defendants who were the agents of the Peruvian Government in London and held guano or the proceeds thereof which the loan prospectus stated were a source of payment for the purpose of redemption of the loan. It was held that this guano was sent to the defendants merely in order that they should deal with it as agents of the Peruvian Government and in accordance with that Government's orders. They did not hold it as a fund to be set apart and dealt with so as to create any relationship between them and the plaintiff bondholders.

In *Gladstone* v. *Musurus Bey* (1862) (1 H. & M. 496) the plaintiffs had been granted by the Sultan of Turkey a concession to establish in Turkey a bank with power to issue notes. As required by the concession, they had deposited in the Bank of England £20,000 in the name of the defendant, the Turkish Ambassador. This deposit was to be the security for the fulfilment by the plaintiffs of their contract. Differences arose between the plaintiffs and the Sultan regarding one condition of the concession and the plaintiffs declined to commence operations in Turkey and the Sultan threatened to withdraw the £20,000 and confiscate it. The plaintiffs filed a bill against the plaintiff Ambassador, the Bank of England and the Sultan, seeking a declaration that the £20,000 had not been forfeited and an injunction against the Ambassador and the Bank of England to restrain the delivery of the £20,000 to anyone except the plaintiffs. It was held that the proceedings against the Ambassador, who did not submit to the jurisdiction, should be dismissed but that an interim injunction should be granted against the Bank of England. The basis of the decision was that the Bank of England held the money as a stake holder and that the question arose in the circumstances to whom—the plaintiff or

the Sultan—the money now belonged and the court should protect the fund while the question of title to it was decided.

In *Lariviere* v. *Morgan* (1872), (1875) (7 English and Irish Appeal Cases 428) the plaintiff entered into a contract with the Government of National Defence of France (this was in 1870, the time of the French Revolution, and the Minister in question was Gambetta) to supply cartridges and contended that a credit of £40,000 in their favour had been opened by the French Government with its London banker, the defendant Morgan, who had large sums in his hands, as financial agent of the French Government. There was a dispute between the plaintiff and the French Government as to whether further payments were due to the plaintiff on contract and the plaintiff filed a bill against the defendent Morgan and the French Government claiming that Morgan held £40,000 on trust to pay the plaintiff sums due under contract and a security for payment, and prayed for an account and an injunction restraining Morgan from parting with the money until the plaintiff's rights to payment had been ascertained. The French Government did not appear. The Vice Chancellor ordered the balance of the £40,000 to be brought into court, holding the plaintiff entitled to be paid out of it. Lord Hatherley, L.C., held that the fund was impressed with the trust under which the plaintiff was entitled to be paid out of it if he performed the contract. On appeal to the House of Lords the decision was reversed on the ground that, on the facts, there was no such trust. There was nothing more than a letter stating that a special credit would be opened.

In the case of *In re the Russian Bank for Foreign Trade* (1933 1 Ch. 745) the Bank was a Russian corporation with a branch in England. It was held that the Bank had been dissolved under the law of the country of incorporation, Russia, and that the court could make an order for the winding up of the assets in England. Claims might be made to the balance, if any, of

these assets after the discharge of liabilities either by the Crown *(bona vacantia)* or by the Russian Government on the ground that all assets of the dissolved company had been nationalised. If was held that this possible claim to the balance by a foreign sovereign government did not affect its power to make an order of liquidation, and it would be for the Russian Government, if it thought fit, to advance its claim in the liquidation.

20. It is often said (see for instance Westlake, *Private International Law*, 7th edition, page 267) that the immunity of a foreign sovereign from the jurisdiction does not apply to cases where land or other real property in England is concerned. The question is of some importance to-day because foreign governments can own land as freeholders or as lessees in their own names. A licence in mortmain is required for a freehold ownership, and perhaps for a long lease, and licences are granted. Foreign governments appear as the registerd owners of quite a lot of property in London. They also hold as *cestuis que trust*, the trustees being banks and corporations. In fact, to-day a large amount of real property is so held particularly by the Government of the United States. Most of it consists of premises used for diplomatic missions, consulates and other offices in the United Kingdom. There is no decision to support Westlake's view and the grounds on which it is put forward are not entirely convincing, namely that only the courts of the *situs* can decide the question of title to land and, if the English courts have no jurisdiction, no courts anywhere would have it. Courts do not, however, decide questions of title to real property in the abstract but as a rule do so incidentally in order to deal with a claim for some relief. One might therefore consider the cases arising in practice on the following lines :—

(a) The Government of the United States of America is in occupation of a mansion as part of its Embassy in London

or as its Consulate-General in Liverpool, and claims to own the mansion as a freeholder. X claims that he is the freeholder, that the Government of the United States has no right to occupy the mansion and prays for an order for possession and for damages.

(b) The Government of the United States occupies a building as an office of some mission in London which is not part of its diplomatic mission. X claims that the Government holds the property under a lease from him, that rent is unpaid and covenants to repair are unfulfilled. X claims rent and damages or he claims that the lease is determined through breach of covenant and seeks an order for possession and damages. The grant of an order for possession in the case of premises occupied as an Embassy would, of course, conflict with another immunity, the inviolability of a foreign Embassy, and no doubt Westlake's statement must be taken not to envisage any derogation from this immunity. Even so, if we assume the absence of this element, we still have to consider the ground for making the distinction between cases relating to land in England and other cases, i.e. that no other court has jurisdiction to entertain claims in connexion with English land. The distinction, however, is really rather more a formal one than a practical one. From the practical point of view, in most of the cases there is no remedy in the courts anyway if immunity in England is established, because the remedy in the courts of the country of the foreign Government concerned is impracticable on the grounds of expense, evidence and so forth. If there is no remedy in the courts in these cases, the prospective plaintiff has to have recourse to the Foreign Office. Where diplomatic immunity is in question, the cases that most frequently arise where recourse is had to the Foreign Office are disputes relating to rent and delapidations in respect of houses let to diplomatic personnel. The Foreign Office then has the

duty to try, and in practice it generally succeeds, in bringing about a solution which may take the form of persuading the parties to arbitrate or the waiver of diplomatic immunity.

21. The next question is whether there is any other limitation on the sphere within which the immunity operates. For instance, whether it applies to the case where the foreign state has engaged in what is essentially a commercial or other activity of the kind which individuals conduct. There is no authority for any such limitation in the decisions of the English or of Commonwealth courts. Indeed, the decisions are all in the contrary sense. There are important *dicta*, particularly from Lord Thankerton and Lord Maugham in the *Cristina* case, that the immunity does not apply when proceedings are brought against a ship which is state property and the ship is engaged in commerce. It is not always noted that these *dicta* are confined to cases within the second of Lord Atkin's two principles (see paragraph 1), or, in other words, that these *dicta* relate exclusively to the portion of the question which is dealt with in another memorandum. Thus, in *Mighel's* case a foreign monarch was held to have immunity in respect of acts which were of an essentially private character. Further, the cases referred to in paragraph 21 above, *Weguelin's* case, *Twycross's* case and both the *Gladstone* cases, the *Lariviere* case, all show that the State has immunity from the contracts under which it borrows money. The foreign sovereign when it is borrowing money by issuing bonds is not engaged in activity essentially dissimilar from that which a large corporation does when it issues debentures. In the case of the *Compagnia Mercantil Argentina* v. *the United States Shipping Board* (40 T.L.R. 601 C.A.) the United States Government was held to have immunity in respect of a claim for repayment of excess freight paid under a charter party of a State-owned ship entirely devoted to purely commercial operations. In the *Porto Alexandre* (1920 122 L.T. 661) and in a lot of other

cases relating principally to ships, both United Kingdom and Commonwealth courts have held that there is immunity in respect of state vessels engaged in commerce.

Two arguments are often put forward in favour of the view that there should be no state immunity in respect of commercial and similar transactions. The first argument is really that, by engaging in England in a commercial or other private law transaction, the foreign sovereign should be regarded as having chosen to submit to the jurisdiction. This argument falls within the scope of a subsequent paragraph of this memorandum when we deal with waiver, though it may be remarked that it is of course contrary to the whole tenor of what constitutes a waiver according to the principles adopted by our courts. The second argument is that international law does not require State immunity to be granted in these cases, as is evidenced by the fact that a large number of other countries do not do so. The practice of the courts of a certain number of States does lend support to this argument but, as pointed out in Mr. Fitzmaurice's article in the 1933 number of *The British Year Book* of *International Law*, a good many of the instances, which are quoted in support of this view, do not really support it. They are really based on a much less strict view of what constitutes a waiver of immunity than that which the English courts have adopted. However, there is a doctrine which is current in the courts of a certain number of countries but according to which a distinction must be made between the sovereign and non-sovereign acts of a foreign State (between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*). I am not attempting here the difficult task of explaining the exact meaning of this distinction and the number of countries in which it has been adopted. Now, *de lege ferenda* if any change were to be made in our law in this respect, it may be thought that it would be best to adopt as nearly as possible this particular distinction

because (1) we should be putting ourselves in line with the practice in a certain number of other countries; (2) its meaning has to some extent been worked out in foreign judicial decisions; and (3) it is perhaps more logical than any other distinction which can be made. Nevertheless, it will probably be found that the distinction is a very difficult one to draw and that, when drawn, it leaves within the sphere of State immunity several acts which many people would like to put outside it and on the other hand it removes from the sphere of state immunity many things which other people might consider should be covered by immunity. Further, it is not at all the distinction which has been suggested in the *dicta* in the English cases. If the take, for instance, Lord Maugham's speech in the *Cristina* (1938 1 A.E.R. 719) as an example, it will be seen quite clearly that his *dicta* relate entirely to cases where the action is brought against a ship or against property and the immunity of property is alone involved, because he says it is not in doubt that an action *in personam* against the foreign Government will not be entertained in our courts, unless that Government submits to the jurisdiction, and it is quite clear that he refers here to an action with regard to any matter whatever. Then, lower down, he says: " The immunity of a foreign Government and its Ambassador as regards property does not stand on the same footing ", and the whole of the rest of the argument relates to ships and property. Now, this distinction, which gives complete immunity in respect of actions, where the foreign sovereign is actually named as defendant and no immunity in respect of actions where the property of the foreign sovereign is involved, though he is not directly impleaded as defendant, certainly has no counterpart in any foreign law at all. Further, it seems completely illogical. In fact, it is rather more than illogical because, if any such distinction is to be drawn, it ought to be rather in the con-

trary sense, and moreover the decisions of the foreign courts if anything suggest a distinction in the opposite sense. I think it will be found that, in many if not all the cases where foreign courts have entertained actions against a foreign Sovereign, when our courts would not have done so, they have never proceeded so far as to say that judgment can be followed by execution on the foreign Government's property, and indeed there are some of them which certainly suggest that in no circumstances can there be execution against the foreign Government's property. Yet to allow jurisdiction in cases that come within the second branch of Lord Atkin's rule must mean, if it means anything, that the property in question can be dealt with by Orders of the court. Further, in so far as by treaty Governments have agreed, or considered agreeing, on the reduction of State immunity, it has nearly always been on the footing of submission to the jurisdiction for obtaining a decision, but no execution on State property. I believe that to have been the case in the Convention as regards the immunity of State-owned ships which has never come into force and also to be the case in the Conventions now under consideration which deal with the liabilities of State-owned aircraft carrying ordinary traffic. In other words, it is a far greater invasion of immunity to execute on property than it is to exercise a jurisdiction limited to determining liability, and it should not be thought that judgments determining liability but which cannot be followed by execution are necessarily useless, provided, and of course it is an important proviso, that there is sufficient international support for the view that there was jurisdiction. In this event, an unsatisfied judgment against the foreign State affords a good basis for a diplomatic claim.

22. The next question is that of what I think I may term " the principle of exact reciprocity ". This means that, when

an English court has to consider whether it shall accord immunity to State A in a particular case, it has to engage in two enquiries :

(a) Whether the case falls within the scope of immunity under general International Law as recognised in the United Kingdom ; and

(b) (Supposing the answer to *(a)* is in the affirmative) would State A grant reciprocal immunity to the United Kingdom.

There are *dicta* on the part of all three Lords Justices in the *Dollfus Mieg* case (1949 1 Ch. 371. 1950) to the effect that there is much to be said for the principle of exact reciprocity. Individually, the *dicta* are somewhat differently expressed and it is not clear whether they relate to what the law now is or to what it is considered the law might be. I assume they relate to what the law might be since I have not been able to find in any English case at all whether, relating to State immunity or indeed any other matter, any sign of the adoption of the principle of exact reciprocity by the English courts. On the other hand, in foreign countries, in certain spheres at any rate, the principle of exact reciprocity is certainly very generally followed, though I do not recollect any case where it has been applied to the question of State immunity. At first sight the doctrine of exact reciprocity is very attractive. However, it does necessarily involve in each case that arises expert evidence on the law of the foreign country in question, and this involves delay and expense and the results are often not very certain. Moreover, there is room for some consideration as to what exactly is the question which the experts in foreign law should be asked to answer. Is it *(a)* If the facts in this case had occured in your country and this case had come

before your courts, would your courts have admitted this action? *(b)* What are the principles which your courts apply in granting State immunity ?

The distinction is important since a foreign court will often reach the same result as an English court by a different route. In brief, the doctrine of exact reciprocity is much less attractive in practice than it is in theory.

23. The principle is that the foreign sovereign cannot be impleaded in the courts *without his consent.* A consent is described as a waiver of his immunity. The consent or waiver are, however, not to be taken to be assumed by a mere failure to object. Thus, if a suit is commenced in the English courts against a foreign sovereign, one of the following three things may happen :

(a) The foreign sovereign remains passive and does nothing at all.

(b) He appears under protest and applies to set aside the writ.

(c) He accepts service and appears and argues the case on the merits.

It is only *(c)* which constitutes a waiver. It is not necessary for the foreign sovereign to adopt course *(b)* in order to receive his immunity. If he adopts course *(a)* there has been no waiver and it is the duty of the court *ex officio* to grant him immunity. Further, the court has to take judicial notice of his status. To this there is an exception. The court takes judicial notice that Ruritania is a state and that a certain government is the Government of Ruritania, but it cannot take judicial notice of the question whether an entity such as the United States Shipping Board or the Tass Agency is or is not a part of the Government of Ruritania. Further, in the branch of the subject which falls within another paper, the

court cannot take judicial notice of the question whether Ruritania is or is not in possession of a ship or other property. In these cases the foreign sovereign must adopt course *(b)*. A waiver or consent may take any one of the following three forms :

1. A consent by treaty, implemented in the United Kingdom by Statute.
2. By appearing as defendant and answering the case on its merits.
3. By appearing as plaintiff.

Under the law of England there is nothing else except one of these three things which constitutes a waiver. Further, in cases where there has been a waiver by one of these three methods, questions arise as to the extent of jurisdiction which the court acquires by the waiver. This question is illustrated by the cases discussed in the immediately following paragraph. It will be observed that the courts take on this matter an extremely strict and limited view. The principle is that the waiver extends only just so far as is necessary to enable the court to deal without injustice with the actual claim brought before it in the proceedings to which the waiver relates. If the waiver is by appearing as defendant and arguing by the merits, it would extend only to the case as disclosed in the writ or pleadings and the plaintiff will not subsequently be able to widen the scope of his action by amendment of the pleadings or otherwise unless there is a new waiver to cover the amendment. If it is a waiver by appearing as plaintiff, the court will have jurisdiction to decide on matters put before it by the defendant only to the extent that justice requires that the court should consider them in order that it can pronounce on the plaintiff's claim. Within this strict limit it is immaterial whether the contentions brought forward by the defendant are, from the

technical point of view, merely defences, including set-off, or whether they come under the heading of cross claim or counter claim. The fact that the foreign sovereign has brought a certain claim before the courts does not give the court jurisdiction even to deal with the whole subject matter of the dispute of which the claim forms part : still less does it give the court jurisdiction to decide every dispute between the plaintiff and the defendant. The court only acquires jurisdiction to adjudicate on such issues as will enable it to accept or reject the foreign sovereign's claim. As the article by Mr. Fitzmaurice which has been referred to above shows, one of the differences between the English courts and those of some continental countries is the strictness of the English rules with regard to waiver.

24. The first method of waiver is by treaty, the treaty provisions having been made part of law of England by statute or statutory order. Section 13 of the Administration of Justice Act, 1938, reads as follows :—

" (13) 1. The provisions of this section shall apply for the purpose of giving effect as respects England to any Convention for the time being in force, by virtue of which the High Contracting Parties to the Convention, or their property, are rendered liable to legal proceedings in the courts of the other High Contracting Parties.

2. As from such day as His Majesty may by Order in Council certify to be the day on which any such Convention comes into force as respects England, every High Contracting Party to the Convention shall, for the purposes of any proceedings brought in the Supreme Court against that party or in respect of property of that party in accordance

with the provisions of the Convention, be deemed to have submitted to the jurisdiction of the Court ; and the Court shall, in determining whether or to what extent any such proceedings are within its jurisdiction, give effect to any provision of the Convention (including any Protocol thereto) prescribing the mode of proof of any material circumstance.

3. His Majesty may by Order in Council from time to time certify who are the High Contracting Parties to any such Convention, in respect of what territories they are respectively parties, and to what extent they have availed themselves of any provision of the Convention for suspending or modifying the operation of the Convention, and any such Order shall, except in so far as it has been superseded by a subsequent Order, be conclusive evidence of the matters so certified."

I think that the immediate occasion of the enactment of this Section was the conclusion of certain Conventions relating to civil aviation which, as is well known, is carried on largely by State concerns. In the realm of civil aviation states are on the way to agreeing by international convention on a course which they have hitherto failed effectively to adopt in the realm of shipping, since the convention relating to immunity of state ships has never come into force.

The leading case on waiver is undoubtedly *Duff* v. *the Government of Kelantan* (1924 A.C. 797). It is a leading case not merely because it is a decision of the House of Lords but also because of the number of issues that arose and is perhaps the high water mark of the doctrine which strictly limits the effect of waiver. Much of the decision relates to

the status of the Government of Kelantan, which was certified to be a foreign sovereign by the Secretary of State for the Colonies. This aspect of the matter is outside the scope of this paper. The facts of the case were as follows. By a deed of 1912 the Government of Kelantan granted to the Duff Company certain mining and other rights to be exercised in that State and the deed contained an arbitration clause which incorporated the Arbitration Act, 1889, so far as applicable. Disputes having arisen as to the effect of this deed, they were referred to an arbitrator, who made an award in favour of the Company and directed the Government to pay the costs of arbitration. In December, 1921, the Government applied to the Chancery Division under Section 11 of the Arbitration Act to set aside the award, but the application was refused with costs. Thereafter the Company took two steps :—

1. It sought to levy execution on certain assets of the Kelantan Government in the United Kingdom by garnishee proceedings in order to recover costs of the arbitration and of the unsuccessful application to set the award aside.
2. It applied under Section 12 of the Act to the court for an Order giving leave to enforce the award.

The Company failed in both these steps on the ground that Kelantan was a foreign sovereign and there had been no waiver by the Kelantan Government which gave the court jurisdiction to accede to either of these applications. Consequently, in the first place a foreign sovereign does not waive any immunity by engaging in England in any particular sort of transaction, even though it is a transaction of the kind in which private persons engage. That is also shown by the cases discussed in paragraph 21 above. Further, the Duff case shows that there is no waiver if a foreign Sovereign enters into a

contract providing for arbitration in accordance with the English Arbitration Acts, although under these Acts recourse to the courts is open in certain cases. Similarly, it is suggested there would be no waiver even if the contract provided for the submission of the dispute to the English courts. The view of the English courts as stated in Duff's case is that, by failing to comply with all the procedure of the Arbitration Acts first case or by failing to accept the jurisdiction of the English courts in the second case, a foreign sovereign has no doubt broken his contract but the court has no general jurisdiction to compel foreign sovereigns to observe their contracts. Moreover, the application by the Kelantan Government to set aside the arbitrator's award was not held to be a submission to the jurisdiction *either* for the purpose of enabling the English courts to enforce orders for costs *or* to enable it to entertain an application from the Duff company to enforce that award.

In the case of the *South African Republic* v. *La Compagnie Franco-Belge du Chemin de fer du Nord* (1898 1 Chancery 190), the South African Republic had granted to the defendant company a concession to make a railway, and in the course of the operation of this concession and in accordance with its terms, a large sum of money was placed on deposit with a bank in the joint names of two trustees, one appointed by the company and the other by the South African Republic The latter trustee died, with the result that the trustee appointed by the company could deal with the money alone and the South African Republic and the company were in dispute as to how the money should be dealt with. The South African Republic therefore brought proceedings claiming a declaration that they were entitled to nominate a trustee to replace the one who died and an injunction to prevent any dealing with the money until the new trustee had been appointed and the money placed in his name together with that of the company's trustee. In reply to this the defendant

company put in a statement of defence and counterclaim in which they alleged breaches of the concession by the plaintiff government, the writing of a letter by an agent of the plaintiffs which was alleged to be libellous, and that the plaintiff government was unjustly and in bad faith taking legal proceedings in the Transvaal to avoid the concession, and the defendant company claimed payment of damages for breaches of the concession, damages for libel and an order restraining the plaintiff Republic from taking or continuing proceedings in the Transvaal for the purpose of securing that the concession should be declared void. These claims for damages and the claim for an injunction against proceedings in South Africa were struck out on the ground that the English court had no jurisdiction to entertain them. The defendant company was trying to introduce here matters which it was not necessary for the court to consider in order to deal justly with the actual claim which the plaintiff government had introduced. *Prioelau* v. *the United States (1866)* (2 Equity Cases 659) is authority for the proposition that a foreign sovereign which appears as plaintiff and thereby submits to the jurisdiction can only obtain relief subject to the control of the court and pursuant to its rules of practice, and therefore subject to the same obligation to give discovery as a private plaintiff. It is to be noted that, at the time when the decision was given, no right of discovery existed against the Crown, which is another illustration of the fact that there is no analogy between the position of a foreign sovereign and the Crown in the English courts. The points which seem to have caused most difficulty were not, I think, points which would cause any difficulty to-day. In the first place, Republics as opposed to monarchies were rather unusual at that time and the court had first to reach the conclusion that a foreign Republic was or, as the court puts it, analogous to, a foreign sovereign and that, from the point of view

of our law, a foreign Republic may be considered as a corporation. (It may be noted in parenthesis here that a foreign State is now treated as a corporation for the purposes of the Mortmain acts). The second point was, who should swear the oath when the United States had to give discovery, as apparently in earlier cases it had been decided that the foreign monarch must do so in person. It seemed to be thought appropriate, though not certain, that the President of the United States should be made to swear this oath but it was thought improper to make any order against him, and therefore the action of the United States was merely stayed until he did. I imagine that nowadays the courts would accept the affidavit of documents from the foreign sovereign's solicitors and in no case would they really require that the foreign monarch or president should actually swear in person. Where the solicitors could not do what was required, presumably the courts would accept a responsible Minister or officer of the foreign Government concerned just as Ministers and officers of His Majesty's Government can make affidavits and so forth on behalf of the Crown.

In re Suarez (1917 2 Ch. Div. 131) is really a case relating to diplomatic privilege and shows that, where a foreign Ambassador submits to the jurisdiction and a decision on the merits is given, this does not apply that there is any submission to the jurisdiction for the purpose of levying execution. The cases cited in the judgment relate partly to a foreign sovereign, and there is no doubt that the court thought that the principle was the same in both classes of cases. Though execution cannot be levied on the property of a foreign sovereign for costs, a foreign sovereign can be made to give security for costs (*Republic of Costa Rica* v. *Erlanger* 1876 3 Ch. Div. 6. 2).

25. The next question relates to the proof that an entity is a foreign sovereign state or the government thereof. Here the position is :

1. That the court takes judicial notice of the fact that Ruritania is a foreign sovereign State or that a certain body of persons is its government ;
2. If it is in any doubt, it applies to the Secretary of State and the Secretary of State's certificate is conclusive on the issue and the court has to do no more than interpret the effect of the certificate.

The position is the same with regard to a number of other matters within the realm of foreign affairs, and the basis of the practice is that the courts are the King's courts and it is impossible for the King to speak with two voices as regards certain matters within the realm of foreign policy. It is important to notice that the character of an entity as a foreign sovereign State or its government is not something which has to be proved by evidence in the court.

There are so many decisions of the English courts to this effect and such a complete absence of divergence of view on these points that it is hardly necessary to quote authority. A learned article in the 1946 number of *The British Year Book of International Law* by Mr. A. B. Lyons deals with the question almost exhaustively, tracing the origin of the practice to Lord Eldon, and the position which arose at a time when the present Latin American Republics were in the latter stages of their struggle to establish their independence. Amongst other cases *Mighel's* case (1894 1 Q.B. 149) and the *Duff Development Company* case (1924 A.C. 797) which have already been referred to above, are authorities. It may, however, be convenient to make here a brief quotation from the judgment of Kay L.J. in *Mighel's* case:—

> " The status of a foreign sovereign is a matter of which the courts of this country take judicial cognizance—that is to say, a matter which the court is either assumed to know or

to have the means of discovering, without a contentious enquiry as to whether the person cited is or is not in the position of an independent sovereign. Of course, the court will take the best means of informing itself on the subject, if there is any kind of doubt, and the matter is not as notorious as the status of some great monarch such as the Emperor of Germany. Here the person cited was the Sultan of Johore, and the means which the judge took of informing himself as to his status was by enquiry at the Colonial Office. In answer to that enquiry there came a letter from that Office, signed by an official there, and purporting to be written by the direction of the Secretary of State for the Colonies, to the effect which has been stated. It was contended that that letter was not sufficient, and did not satisfactorily establish the status of the defendant as an independent sovereign. I confess I cannot conceive a more satisfactory mode of obtaining information on the subject than such a letter. Proceeding as it does from the Office of one of the principal Secretaries of State, and purporting to be written by his direction, I think it must be treated as equivalent to a statement by Her Majesty herself, and if Her Majesty condescends to state to one of her Courts of Justice that an individual cited before it is an independent sovereign, I think that statement must be taken as conclusive ".

Similarly, in *Foster* v. *the Globe Venture Syndicate Ltd.* (1900 Ch. 813) Farwell J. says :

" As regards the first question, whether the tribes are independent or not—that is to say, whether they are an independent State—I am bound by the authorities which have been cited to take judicial cognizance whether they are or are not independent, and if my personal knowledge is insufficient to instruct me on that point, then I have the

authority of those cases for saying that the proper course is to apply to the Secretary of State for Foreign Affairs for information, and his answer (which is in effect the answer which the Crown condescends to give to judges of the High Court when they ask such a question) is conclusive on the parties. I should, speaking for myself, not allow the answer, assuming it to be a direct answer in the affirmative or negative, to be questioned in any way... speaking for myself, it appears to me that if the court has judicial knowledge of a fact, that is judicial knowledge without argument, and when once it is stated that it has that knowledge there is an end of it ; and when that knowledge is obtained by information direct from the Crown, then it is an *a fortiori* case. It is still more a knowledge of facts that cannot be disputed ".

As regards foreign States and Governments, the position is that for the English court a foreign State or government is something which His Majesty recognises as such and a statement from the Secretary of State on this point is the best possible evidence of what His Majesty recognises.

As indicated in paragraph 23 above, however, the court can have no judicial knowledge nor indeed can the Secretary of State certify what is the relationship to a United States Government of, say, the United States Shipping Board or the relationship to the Government of the Union of Soviet Socialist Republics of, say, the Tass Agency. In such a case the foreign government is obliged, therefore, to prove the character of the board or agency as the case may be. In both the *United States Shipping Board* case (40 T.L.R. 601) and in the *Tass* case (1949 2 A.E.R. 274) there was produced to the court certificates from the Ambassador and a statement or affidavit going into more detail of his legal adviser, and in both cases the decisions of the Court of Appeal accepted the evidence

so given. But it would appear, particularly from the *Tass Agency* case, that the court is not obliged to accept the certificate of the Ambassador on such a point in the same manner as it is obliged to accept a certificate of the Secretary of State with regard to the character of a foreign sovereign. In the *Tass Agency* case the court did examine the statutes of the Tass Agency which had been put in evidence by the plaintiff and not by the defendant Agency. It would appear that, when the question arises whether a given entity is really part of a foreign sovereign government, a question of law may arise. There are many entities within the United Kingdom which, from some points of view, might be described as being part of the government and from other points of view as being not so. What is the criterion you apply to determine whether something is part of a government within the meaning of that term when issues of immunity arise ? While you must ascertain the exact position of a *Tass Agency* by ascertaining its exact position under the law of the U.S.S.R., it may be a question of English rather than of Soviet law whether the relationship so ascertained does or does not make it part of the Soviet Government for the purposes of state immunity. For these reasons, therefore, it may be suggested that a brief certificate from the relevant foreign Ambassador merely stating that a Tass Agency is part of the Government or a Department of the Government of the U.S.S.R. is not necessarily conclusive of the issue of immunity.

Further, where the question of immunity arises in connection with property and the question is whether certain property is in the ownership or possession of a foreign sovereign government, that is clearly an issue of which no judicial cognizance can be taken which cannot be conclusively certified by the Secretary of State and which in fact must be proved by evidence in the ordinary way.

26. The immunity of a foreign sovereign State or its government applies to a State which is only recognised *de facto* and to the government only recognised *de facto* of a State which is recognised *de jure*. Further, where a State is involved in a civil war and there are two competing governments, one of them recognised as the *de jure* government of the State and also as the *de facto* government of that part of the State which it controls, and the other recognised as the *de facto* government of the part of the State which this other controls, both of these governments will enjoy immunity. *Luther* v. *Sagor* (37 T.L.R. 777 C.A.) illustrates this as regards the *de facto* government of a State recognised *de jure*. It is true that the actual question of immunity was not involved in that case but the recognition of legislation, but it is quite clear from the use of the word " sovereignty " in the judgment that if immunity had been the issue the court would have held that it recognised it. *The Gagara* (1919, P. 95) is the case of the provisional government of a State recognised *de facto* only. The *Annette* and the *Dora* (1919, P. 105) are cases where it was held there was no immunity. The decision proceeded on the basis of a rather evasive communication from the Secretary of State. It related to the time of the Russian Bolshevik revolution and to a government set up at Archangel.

Having regard to the practice in the Spanish Civil War, as illustrated in the immediately following case, it is rather doubtful whether now either the Secretary of State's statement or the decision of the court would have been today the same they were in this instance, which occurred in 1919. The case of the *Arunzazu Mendi* (55 T.L.R. 454 H.L.) is, of course, the case which dealt with the position of General Franco's Government in the Spanish Civil War when it was still only recognised by His Majesty's Government as the *de facto* government of that part of Spain which it controlled.

27. Granted that the government of a foreign sovereign State enjoys immunity, there remains the question what departments or agencies related to that government can be regarded as being part of the government for this purpose. In paragraph 25 above it was suggested that (1) while it is necessary to ascertain what the relationship between the department or agency and the government is by reference to the law of the foreign country in question : (2) it is a question of English law whether such a relationship must be regarded as entitling it to immunity. The question is to-day one of the highest importance, and in this connection reference might be made to the article in *The British Year Book of International Law* for 1948 by J. E. S. Fawcett. If we take the Government of the United Kingdom, we find on the one hand departments such as the War Office, the Air Ministry and the Ministry of Health, which must clearly be regarded as parts of His Majesty's Government for the purposes of immunity abroad, although for the purposes of bringing and defending actions they may have been invested from the formal point of view with a sort of corporate individuality. Proceeding further, one comes to bodies such as the Public Trustee, the British Transport Commission, the National Coal Board and the War Damage Commission and, going still further, to Cable and Wireless and the British Overseas Airways Corporation, which are entities incorporated under the companies law but of which all the shareholding is Goverment-owned. At what point and on what principle is the dividing line to be drawn ? There is authority for the view that a corporation incorporated under the ordinary companies law is not invested with immunity by the mere fact that all its shareholding is Government-owned and that clearly puts Cable and Wireless and B.O.A.C. on one side of the line, but after that it would seem that the greatest uncertainty prevails. There are only two English cases about which a word will be

said below, but there is a larger number of American cases. One of the two English cases is the *United States Shipping Board* (40 T.L.R. 601), and in that case, there was no evidence on which an argument could be based that the United States Shipping Board was a legal entity in any sense of that term. At any rate, if there was any such evidence it was quite plain it was not accepted by the court. In the *Tass Agency* (1949 2 A.E.R. 274) case, counsel for the plaintiff tried to establish two propositions:

1. That the Tass Agency, under its statutes, had not only the right of a legal entity to sue and be sued but that it was in fact a completely separate legal entity or, in other words, a corporation in the fullest sense of the word ; and
2. That in consequence of 1, it was not entitled to immunity because immunity could not be claimed by a corporate entity in a foreign country which was a completely separate legal entity from the government of that country, although it may have been controlled by the Government.

The argument failed because the Court of Appeal were not satisfied that proposition 1 was made out, but all three members of the Court of Appeal made comments indicating to some extent what their views would have been if it had been. Lord Justice Singleton indicated that, in that event, he would have been inclined to hold that there was no immunity but both Cohen and Tucker LL. J. were in some doubt. For instance, Tucker L. J. says : " I should desire to reserve for future consideration the question whether or not the mere fact of a separate legal existence is necessarily inconsistent with the entity being part and parcel of a sovereign independent state. There again it must depend upon the foreign law. It may be

that, under some foreign systems of law, such a separate existence might be considered inconsistent ; but it is quite clear from our Acts of Parliament that we do not consider the fact that a Government Department may have a separate legal juridical existence as necessarily incompatible with it being a Department of State for which immunity can be claimed ".

In brief, there is a most important field here where authority is lacking and where it is not easy to define the criterion which should be used to see on which side of the line a given entity falls.

4. Observations de M. Frede Castberg

Smestad, le 4 septembre 1951.

Cher Monsieur,

Après avoir étudié, avec le plus grand intérêt, votre rapport de 1938 avec les différentes remarques y afférentes, ainsi que votre nouveau rapport préliminaire, je me permets de faire les courtes remarques suivantes :

1. Je suis entièrement d'accord qu'on cherche à établir — comme principe de droit international — l'immunité des Etats étrangers seulement dans la mesure limitée qui résulte de votre projet de convention. Mais on doit, à mon avis, faire ressortir d'une manière très claire, qu'en concluant une convention de cette nature, on n'a pas par là l'intention d'exprimer l'opinion qu'une telle limitation de l'immunité est exigée par le droit international. D'après le droit international, rien n'empêche qu'un Etat, dans sa propre législation, reconnaisse

aux Etats étrangers l'immunité, dans une plus grande mesure que ne le demande cette convention de la part de ses signataires. Si un Etat, dans son droit international, veut refuser à ses tribunaux le droit de traiter des affaires ou d'autoriser des mesures de contrainte contre des Etats étrangers, aussi lorsqu'il s'agit de litiges concernant des « actes de gestion patrimoniale », alors ni un Etat, ni une personne privée ne peut prétendre que son droit ait été violé. Ceci doit s'appliquer aussi aux Etats qui sont parties à la convention. Celle-ci établit le minimum d'immunité qu'un Etat doit reconnaître aux Etats étrangers. Elle ne défend pas qu'un Etat reconnaisse l'immunité dans des cas où celle-ci n'est pas prescrite par la convention.

2. Il est dit à l'article 2, paragraphe 1, qu'un Etat peut renoncer à se prévaloir de son immunité, entre autres dans tout contrat privé, pour les différends résultant dudit contrat.

Il n'est sans doute pas dans l'intention du rapporteur de vouloir, par ces mots, limiter d'aucune façon le droit d'un Etat de renoncer, de manière plus ou moins générale, à l'immunité. En tout cas, il peut se faire qu'un Etat ait conclu avec l'Etat du tribunal un contrat de droit public, par exemple un contrat de service public, et qu'il ait, par ce contrat, renoncé à l'immunité dont il aurait, sinon, pu se prévaloir. Il doit être hors de doute qu'un tel contrat est valable et conforme à la convention.

3. On peut se demander s'il est nécessaire de dire dans l'article 6 que la compétence du tribunal cessera s'il existe un tribunal international de droit privé entre l'Etat du demandeur et l'Etat défendeur. On se demandera en outre s'il est opportun de dire qu'en ce cas la compétence sera reconnue à ce tribunal international. La question de savoir quelle sera la compétence d'un tel tribunal international, ainsi que la question des conséquences de la création d'un tel tribunal, pour la compétence des tribunaux nationaux, dépendra du

contenu de l'accord concernant ce tribunal international. A mon avis, on ne peut pas trancher ces questions par une convention générale sur l'immunité.

4. L'immunité ne peut être demandée que par un gouvernement étranger reconnu *de facto* ou *de jure*. Je ne puis pas me rallier à l'avis contraire qui, s'appuyant sur une citation de Weiss, est exprimé à la page 3, septième alinéa, du rapport. La Cour suprême de Norvège a refusé de reconnaître l'immunité demandée par le représentant du gouvernement Franco à un moment où ce gouvernement n'était pas encore reconnu *de facto* ou *de jure* par le Gouvernement norvégien, qui alors reconnaissait le gouvernement de la République espagnole comme seul gouvernement de l'Espagne (Décision du 2 novembre 1938 dans le procès entre Felipe Campuzano et le Gouvernement espagnol, *Norsk Retstidende*, 1938, p. 804 et suiv.). Il est vrai que la House of Lords, en Angleterre, a reconnu, par une décision du 23 février 1939 dans l'affaire du « Arantzazu Mendi » l'immunité dudit gouvernement. Mais la Cour — tout comme les cours inférieures — a basé cette décision sur le fait que le Gouvernement britannique, d'après une déclaration expresse aux cours, reconnaissait le Gouvernement nationaliste « as a Government which at present exercises *de facto* administrative control over the larger portion of Spain » (*Annual Digest of International Law Cases* 1938-1940, case No. 25).

D'autre part, on ne peut pas exiger que le gouvernement qui sera à même de se prévaloir de l'immunité ait des relations diplomatiques avec le gouvernement du pays dont relève le tribunal compétent. Par conséquent, il ne me semble pas très opportun que les articles 7 et 9 du projet présupposent qu'il existe une « voie diplomatique » entre les Etats en question.

5. La procédure prescrite par l'article 7 pour les assignations contre des Etats étrangers semble peu commode, non seulement parce qu'elle prescrit sans exception la voie diplomatique, mais

aussi parce qu'elle exige pour l'assignation de l'Etat étranger que le demandeur y ait été autorisé par le tribunal de son domicile. D'après le droit national de beaucoup de pays — entre autres d'après la législation des pays scandinaves relative à la procédure — le tribunal qui, d'après les règles ordinaires, est compétent pour juger l'affaire, sera aussi compétent pour trancher la question soulevée par une exception d'immunité. Ce tribunal peut fort bien être un tout autre tribunal que celui du domicile du demandeur. Le tribunal qui sera compétent dans le cas où le principe de l'immunité n'est pas applicable, est compétent aussi pour juger de la question même de l'immunité.

6. On peut se demander si l'article 13 du projet n'accorde pas une protection trop faible à l'Etat étranger, lorsqu'il s'agit de communiquer des pièces ou de fournir des preuves dont la production pourrait être de nature à compromettre l'exercice normal de sa souveraineté. Au lieu de dire que l'Etat « peut être dispensé » par le tribunal de communiquer de telles pièces ou de fournir de telles preuves, ne serait-il pas préférable de dire qu'il *doit* en être dispensé ?

7. Dans la partie de la convention qui traite de l'immunité d'exécution forcée, l'article 14 fait mention des meubles et immeubles « appartenant » aux Etats étrangers. Si cette expression implique que l'immunité sera conditionnée par le droit de propriété de l'Etat étranger, l'application de l'immunité sera de ce fait trop restreinte. Ainsi qu'on le sait, il est arrivé fort souvent dans le courant des 10 ou 15 dernières années, que, dans différents pays, le principe de l'immunité ait été appliqué dans des cas où l'Etat étranger pouvait baser son exception d'immunité sur un droit d'usufruit et de possession, mais non pas sur un droit de propriété.

8. D'autre part, il semble que l'article 16 va trop loin, quand il autorise, en cas de refus d'exécution d'un jugement,

« toutes mesures de séquestre ou d'exécution forcée ». Doit-on ainsi autoriser dans une convention internationale des mesures qui semblent avoir nettement le caractère de représailles ? On peut, par exemple, penser au séquestre d'un vaisseau de guerre appartenant à un Etat étranger en vue d'obtenir par là l'exécution d'un jugement, prononcé peut-être dans une affaire de peu d'importance. On peut douter de l'opportunité qu'il y a d'autoriser d'avance et expressément de telles mesures de contrainte contre un Etat étranger.

9. Je ne me sens pas compétent pour juger de la rédaction même en français du projet de convention. Je voudrais cependant soulever la question de savoir si l'expression « En conséquence », au commencement de l'article 1, paragraphe 2, est à sa juste place. Il me semble en tout cas que ce n'est pas une *conséquence* du principe de l'immunité des Etats souverains, que les « démantèlements d'Etats », tels que les provinces et les villes, ne jouissent pas d'une pareille immunité.

En vous présentant, cher Monsieur, ces quelques remarques, je tiens en même temps à vous dire combien votre remarquable rapport m'a été utile et le plaisir qu'il m'a donné de l'étudier, et vous prie d'agréer l'expression de ma haute considération et de mes sentiments les meilleurs.

Frede Castberg

5. Memorandum by Mr. Edwin D. Dickinson

Philadelphia, September 12, 1951.

Art. 1. Second paragraph : this paragraph groups three distinct situations in which immunity may not be invoked. Does grouping suggest resemblances which are not quite exact ? Would it be preferable to break the paragraphs down into three numbered or at least separate propositions ?

Art. 2. Third paragraph : the second paragraph having defined two situations or cases in which renunciation may be implicit, would it be as well, in the third paragraph, to say simply that in all other cases renunciation must be " express " or " express and unequivocal " ? I confess that " certaine et régulière " and " une présomption vague " are formulations which seem to me difficult in application.

Art. 5. The proposition here stated is perhaps generally correct. But need it be stated ? Is not the competence of the national court essentially an internal matter ? Is there any reason why a state might not make suits to which a foreign state is a party the subject of a specially defined competence if it chooses to do so ? In the United States, for example, jurisdiction in such suits is in the federal courts.

Art. 6. I am not clear as to the need for this article. There is a gap in my knowledge for which I must apologize.

Art. 7. First sentence : I doubt the need for this proposition. The diplomatic channel is always available if the foreign state chooses to invoke it. Otherwise I see no need for and considerable objection to requiring direction through the diplomatic channel.

Second sentence : I doubt that the inclusion of this proposition is desirable. Under our law in the United States, as in most Common Law countries, suit is generally initiated at the respondent's domicile, or where the respondent can be found and served, or where respondent has property which can be attached, or where respondent consents to appear, etc. In the kind of suits likely to involve a foreign state, the tribunal of the complainant's domicile generally has no competence by virtue of the complainant's domicile alone. I should think that this might be left preferably to the internal law.

Art. 8. In Common Law countries matters of procedure are generally governed by the *lex fori.* I suspect that it would be

difficult to persuade such countries to adopt a different rule for service of notice or summons on a foreign state. Is the matter important enough to invite controversy ? Need we deal with it ?

Art. 10. Courts in Common Law countries have occasionally required security for costs of a foreign state. Though perhaps they will not often do so, I incline to think that they should have the power.

Art. 13. I agree that a litigating state may not be required to produce evidence which would compromise its sovereignty. But I think it should be made clear that, where production of evidence is refused on this ground, the court may dismiss without prejudice if the evidence requested appears to be essential to a proper disposition of the case. Otherwise the state may obtain an unconscionable advantage over the private litigant by merely asserting compromise of sovereignty.

Art. 14. Fourth paragraph : I am not clear as to what this means. If it means through diplomatic channels, I venture a doubt as to whether foreign offices or services are equipped to proceed with execution. If it means that the foreign office should be informed, then perhaps the phrasing should be more guarded. For myself, I see no reason why execution, in the limited situations in which it is allowed, might not be left to the ordinary procedures.

Art. 16. In part, at least, it occurs to me that this article may attempt more than is feasible. If a state refuses deliberately to execute an adverse judgment, I should think that it would almost certainly refuse to permit sequestration or compulsory execution " sur son propre territoire ". Also that its administrative and judicial officials would consider themselves bound by the decision to refuse which the government of their state had taken. Have I possibly misunderstood your meaning ?

Edwin D. Dickinson

6. Lettre de M. Gerald-Gray Fitzmaurice

Londres, le 12 octobre 1951.

Cher et très honoré Confrère,

D'abord toutes mes excuses de ne pas vous avoir communiqué plus promptement mes observations sur votre rapport préliminaire au sujet de l'immunité des Etats. La cause, c'est que j'ai dû passer presque tout l'été en Amérique pour le traité de paix avec le Japon. J'ai lu votre rapport avec très grand intérêt. Pour commentaire, je puis vous dire que je m'associe à celui que vous a donné Sir Eric Beckett avec qui j'ai souvent discuté de la question et dont je partage entièrement les vues.

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

G. G. Fitzmaurice

7. Observations de M. Karl-Gustaf Idman

Helsinki, le 18 septembre 1951.

Cher et très honoré Confrère,

C'est avec un vif intérêt que j'ai étudié votre rapport sur l'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers. Permettez-moi de rendre hommage à l'effort remarquable que vous avez fait pour adapter la doctrine traditionnelle aux besoins de la vie moderne. Votre nouveau projet, destiné à compléter et à préciser le premier projet, concorde en général sur plusieurs points avec mes opinions. Il y a tout de même

certaines observations et suggestions que je voudrais vous soumettre.

1. Il est dit dans le 1er article de votre projet qu'en principe un Etat souverain ne peut être assigné devant un tribunal étranger. Le mot « souverain » donne à cet article une signification trop restreinte, et je voudrais vous proposer de le supprimer. Je me permets de citer ici quelques mots de l'éminent savant André Weiss qui dit dans son cours sur « Compétence ou incompétence des tribunaux étrangers à l'égard des Etats étrangers » : « Les particularités constitutionnelles qui sous le rapport de leur structure extérieure distinguent les divers types d'Etat sont sans importance lorsqu'il s'agit de savoir si un Etat peut être déféré aux tribunaux d'un autre pays. Peu importe qu'il s'agisse d'un Etat simple ou d'un Etat composé, d'un Etat faisant partie d'une union personnelle ou d'une union réelle, d'un Etat fédéral ou d'une confédération d'Etats et des Etats qui en dépendent, d'un Etat souverain ou d'un Etat mi-souverain, c'est-à-dire protégé ou vassal, enfin qu'il s'agisse d'un Dominion de l'Empire britannique. On est en présence d'un Etat et cela suffit pleinement » (*Recueil des cours de l'Académie de droit international* 1923, t. 1, p. 539).

2. Notre éminent collègue M. *Kosters*, dans sa réponse [1] à votre premier projet, fait une observation très juste en disant que si l'on admet dans le système classique des exceptions à l'immunité dans une mesure assez large et si dans le système moderne on limite à un certain degré l'énumération des juridictions admises, on peut régler cette matière, dans les deux systèmes, d'une façon à peu près analogue. L'article 3 de votre projet peut donc être rédigé de deux manières différentes. La théorie classique et la théorie moderne reconnaissent qu'il doit exister des cas où l'immunité ne doit pas jouer. Personnellement,

[1] La date de la lettre n'a pas été indiquée.

je suis partisan d'une conception moyenne de l'immunité de juridiction, mais mon point de départ est la doctrine classique en admettant qu'elle doit subir certaines restrictions.

3. La *Harvard Law School* a clairement posé comme règle que l'Etat ne peut refuser l'accès à ses tribunaux aux Etats étrangers pour le seul motif que le demandeur est un Etat [1]. Même si la pratique dans plusieurs pays s'est développée dans ce sens on pourrait peut-être insérer une telle règle dans la convention.

4. Notre éminent collègue M. *Kosters,* dans sa lettre du 12 juin 1937 se prononce en faveur du principe qu'un Etat puisse être assigné devant un tribunal étranger en responsabilité d'un délit ou d'un quasi-délit commis sur le territoire du pays étranger. Il me semble que c'est un domaine délicat dont le traitement ne devrait pas être laissé aux tribunaux internes. Comme dit notre éminent collègue M. Gajzago, dans sa lettre du 19 août 1937 : « En acceptant la thèse du libre accès des tribunaux contre les Etats étrangers en raison de la responsabilité présumée de ceux-ci dans des délits et quasi-délits commis sur le territoire de l'Etat de ces tribunaux, nous nous heurterions contre les préoccupations qui, historiquement, ont donné naissance à l'institution elle-même de l'immunité de juridiction des Etats étrangers ». Je ne voudrais donc pas maintenir le principe voté à la réunion de l'Institut à Hambourg. Si l'Etat veut renoncer à son immunité, il peut toujours le faire. Mais les conditions et la mentalité diffèrent tellement dans les différents pays que je ne crois pas que les Etats dans ce cas là, dans une convention internationale, puissent renoncer au bénéfice de l'immunité. Au lieu d'être insérée dans une convention inter-

---

[1] " A State shall not refuse, on the ground that the complainant is a State, to permit such State to institute a proceeding in its courts." (*Research in International Law,* 1932, article 2.)

nationale, une telle clause pourrait l'être, peut-être, dans un accord bilatéral ou dans une convention limitée à un certain nombre d'Etats.

5. Je partage l'opinion de M. Kosters quand il dit dans sa première lettre : « Il me semble indispensable que l'Etat soit à l'abri de règles excessives des lois nationales sur la juridiction, telles celles relatives au droit d'évocation, aux fors fondés sur le domicile du demandeur, ressortissant ou étranger, au cas où le défenseur n'a pas de domicile dans le pays, fors fondés sur le domicile dans le pays, fors fondés sur la saisie foraine e.a. A défaut d'une réglementation de ce point, l'Etat étranger serait, d'une manière fâcheuse, exposé à des actions basées sur des faits et actes qui en toute justice doivent être jugés par les propres tribunaux de cet Etat. Par exemple, les actes de droit privé accomplis par l'Etat étranger sur son propre territoire vis-à-vis de ses propres ressortissants ne doivent en général être jugés par les tribunaux d'autres Etats. »

6. Tout en reconnaissant le principe qu'un Etat qui entreprend un acte de gestion patrimoniale, analogue à celui d'un simple particulier, ne peut invoquer l'immunité de juridiction, je voudrais tout de même limiter cette exception de l'immunité de la même façon que la *Harvard Law School.* En vertu de l'article 11 du projet, l'immunité ne peut être invoquée lorsqu'un Etat s'engage sur le territoire de l'autre dans une entreprise industrielle, commerciale, financière ou autre *en concurrence avec des particuliers* ou y accomplit des actes relevant d'une pareille entreprise [1].

---

[1] "A State may be made a respondent in a proceeding in a court of another State when, in the territory of such other State, it engages in an industrial, commercial, financial or other business enterprise *in which private persons may there engage*, or does an act there in connection with such an enterprise wherever conducted, and the proceeding is based upon the conduct of such enterprise or upon such act."

7. Je serais disposé à accepter la règle adoptée par la *Harvard Law School* qui admet qu'un Etat étranger doit aussi se soumettre à la compétence du tribunal pour ce qui concerne une action reconventionnelle du chef d'une autre affaire que celle qui est le sujet de la demande originaire, lorsque, indépendamment du procès dont il s'agit, le tribunal aurait été compétent pour connaître de l'affaire sur laquelle la demande reconventionnelle est fondée [1].

8. Notre éminent collègue M. *Erich Kaufmann*, dans sa lettre du 10 avril 1935, fait une observation qui me paraît juste. « Un Etat », dit-il, « qui se livre au commerce et à l'industrie dans un pays étranger et qui est soumis à la juridiction de ce pays, ne doit-il pas subir l'exécution forcée dans les biens et droit immobiliers et mobiliers *afférents à cette activité économique*, même lorsqu'ils n'ont pas été expressément remis en gage ou donnés en hypothèque ? »

9. Une saisie conservatoire devrait à mon avis être exclue, même si la créance a pour cause un acte de gestion patrimoniale. La saisie n'est pas en général effectuée à la suite d'un jugement rendu après que l'Etat étranger a eu la possibilité de faire valoir ses droits. Elle peut se faire en vertu d'un seul titre constitutif d'une créance sans qu'une permission antérieure du tribunal soit nécessaire.

10. L'exécution forcée et les mesures de séquestre contre un Etat sont des questions bien délicates et difficiles. « Ces mesures », est-il dit dans la lettre du 23 avril 1928 du *Conseil fédéral suisse* au Comité d'experts pour la codification progressive du droit international (Société des Nations), « sont en raison de leur

[1] "A complainant State, by instituting a proceeding in a court of another State, submits to the jurisdiction of that court in respect of an indirect counterclaim only if that counterclaim is one for which the respondent could maintain an independent proceeding in that court against the complainant State" (article 6).

caractère coercitif, des mesures dont l'emploi devrait, par égard pour la souveraineté des Etats et dans l'intérêt des bonnes relations internationales, être prohibé ou du moins de n'intervenir exceptionnellement qu'à titre de réciprocité. La légitimité de pareilles mesures ne se soutiendrait guère, en thèse générale, que dans le cas où un Etat refuserait délibérément d'exécuter un jugement rendu par un tribunal étranger, dont il aurait reconnu expressément ou tacitement la compétence... Une restriction de l'application de mesures de séquestre ou d'exécution forcée apparaîtrait d'ailleurs comme une sorte de correctif de la limitation du droit des Etats de décliner la compétence des tribunaux étrangers. Elle permettrait à certains Etats, semble-t-il, de vaincre plus facilement les hésitations qu'ils pourraient éprouver à soumettre à la juridiction d'un autre Etat des différends auxquels ils seraient parties. »

Même les jugements et arrêts d'un tribunal d'arbitrage international n'ont pas toujours été exécutés par les Etats. Combien plus cette possibilité ne serait-elle pas à craindre si l'Etat était condamné par un tribunal interne d'un autre Etat et si l'objet susceptible d'exécution se trouvait sur le territoire de l'Etat condamné. L'Etat qui refuserait d'exécuter un tel jugement serait probablement appuyé dans le pays par un grand nombre de personnes, persuadées que les juges étrangers n'ont pas jugé en toute impartialité. Si un Etat refuse délibérément d'exécuter un jugement d'un tribunal étranger, l'exécution restera en général lettre morte.

Il est bien vrai que, quand il s'agit des particuliers, le juge doit juger sans se laisser arrêter par la prévision des obstacles ou des impossibilités auxquelles son jugement se heurtera peut-être. Même si, de notoriété publique, le débiteur est complètement insolvable, le juge a néanmoins le devoir de le condamner. Mais il me semble que c'est un cas complètement différent. Quand il s'agit des Etats, ce n'est pas à cause de l'insolvabilité

du condamné que le jugement ne peut être exécuté. La condamnation obtenue n'a pas d'efficacité, puisqu'il serait matériellement impossible de la mettre à exécution. L'exécution forcee et les mesures de séquestre sur le territoire d'un Etat touchent à sa souveraineté et à son indépendance — un écueil contre lequel bien des idées généreuses se sont brisées. Je me demande si les Etats voudraient insérer dans une convention internationale une clause qui permet d'exécuter sur le territoire d'un Etat et *contre sa propre volonté* le jugement d'un tribunal étranger.

Veuillez agréer, mon cher et très honoré Confrère, les assurances de ma haute considération et de mes sentiments dévoués.

K.-G. Idman

8. Observations de M. A. de La Pradelle

Paris, le 13 novembre 1951.

Cher Collègue et ami,

Je m'excuse très vivement de m'acquitter très tard, si ce n'est même trop tard, de mes obligations de membre de la première Commission. J'avais tout d'abord pensé qu'étant donné l'excellence de votre premier rapport, le nombre et la qualité des compétences réunies dans les deux Commissions successivement formées pour assister de leurs conseils la rédaction, en deux étapes, du projet définitif, les quelques réflexions que j'aurais jointes à leurs savantes observations n'auraient été pour vous et pour l'Institut lui-même que la vaine marque d'une encombrante sympathie. Mais puisque la vigilance de notre dévoué Secrétaire général, infatigable animateur de nos travaux, ne permet à nul d'entre nous, membres

d'une Commission, de faire, sous quelque prétexte que ce soit, ce qu'il appellerait volontiers l'école buissonnière, je vais en toute simplicité vous communiquer, avec le fond de mes idées sur le problème, mon propre sentiment sur votre projet tel qu'il résulte de votre premier et de votre second rapports, distants l'un de l'autre de plus de dix ans et séparés par le grand événement de la seconde guerre mondiale, dont on peut se demander quelle pourrait être et devrait être l'influence sur la position du problème de l'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers.

A mon sens, l'égalité souveraine des Etats membres de la société internationale ne leur permet de venir ni en demande, ni en défense devant les tribunaux d'un autre Etat en leur qualité d'Etat souverain, mais seulement en celle de personne privée du droit international, par un dédoublement de leurs activités substantielles, en deux catégories, les unes qui restent institutionnelles, sans être absolument politiques, les autres qui ne sont pas institutionnelles mais, par dépassement fonctionnel, extra-institutionnelles.

Le jugement interne est un acte de souveraineté de l'Etat, qui nomme le juge ; sans aller jusqu'à penser que l'œuvre de justice est exclusivement territoriale, j'estime que, sans base territoriale, aucun Etat ne peut juger. Dès qu'un autre Etat se présente devant le juge territorial, il se soumet à une justice qui n'est acceptable pour lui qu'à la condition d'être arbitrale. Il y en a des exemples, dont celui de l'affaire du Phare est le plus célèbre. Mais ce n'est pas d'une justice internationale qu'il s'agit actuellement devant l'Institut, c'est d'une justice interne. Pour celle-ci, l'Etat, demandeur ou défendeur, est trop grand et cette justice trop petite. Dès qu'il s'agit de problème politique, un Etat ne peut pas plus être appelé devant les juges d'un Etat tiers que se présenter devant eux pour obtenir justice ou, sinon, il faut que, dans le litige, il se dépouille

de sa souveraineté comme un chevalier se dévêtirait de son armure. Il faut qu'il abdique son titre et rentre dans le rang. Cette abdication ne peut être que volontaire. Elle peut être expresse, elle peut être tacite, une fois faite elle ne peut plus être rétractée.

Jadis j'ai pu considérer que l'Etat se présentait tantôt *jure imperii*, tantôt *jure gestionis*, et je crois bien avoir vu dans votre second rapport, si ce n'est même dans le premier, la trace de cette idée, quand vous considérez, par exception aux cas d'immunité juridictionnelle, inhérente à la nature de l'Etat, la renonciation tacite par le fait même de l'acte de « gestion patrimoniale ».

Aujourd'hui, je ne ferai plus reposer la séparation de la règle et des exceptions sur cette distinction, qui me paraît trop étroite et non adaptée aux nécessités de la vie internationale parce que trop tranchée.

Avec elle il y a des questions qui ne se discutent même pas, par exemple celle de savoir si le souscripteur d'un emprunt public peut assigner l'Etat émetteur devant la juridiction, non expressément acceptée par lui dans le contrat, d'un quelconque des tribunaux compétents suivant le droit commun de la procédure. Avec elle se trouve immédiatement tranché le problème de savoir si l'Etat peut se dérober à l'action dirigée contre lui par un fournisseur d'armes, qui resterait impayé pour une fourniture livrée, et je ne me sens pas, à première vue, très ferme sur le point de savoir si, dans l'exercice de son activité militaire, essentiellement liée aux nécessités de sa défense, l'Etat doit être traité comme un simple particulier, encore que, si on lui permet ici de poursuivre son fournisseur pour non-livraison dans les délais, il soit de toute justice de permettre à ce fournisseur de le poursuivre, tout au moins devant ses propres tribunaux, pour paiement, après quoi, sur déni de justice, s'engagerait diplomatiquement l'instance internationale.

Plutôt que de m'arrêter à l'opposition du *jus imperii* et du *jus gestionis*, j'aimerais mieux m'adresser à un critère qui me paraîtrait plus exact et qui serait celui de la fonction étatique. Dans l'exercice de son activité institutionnelle, c'est-à-dire conforme à la substance de sa fonction, l'Etat échapperait à toute appréciation, et à plus forte raison à toute exécution, venant d'un juge étranger, qui ne présenterait pas le caractère arbitral. Le problème revient alors à déterminer les éléments essentiels de la fonction de l'Etat. C'est là qu'est la raison de son privilège de compétence, le dérobant, lorsque cette fonction l'exige, au juge interne. Or, les activités de l'Etat sont les unes fonctionnelles, les autres extra-fonctionnelles. Lorsque l'Etat exerce une activité qui de sa nature est ouverte à tous, dans le commerce universel, il est en dehors de sa fonction. De cette simple constatation il résulte que, pour ses activités économiques à but lucratif, en concurrence sur son territoire ou hors de son territoire avec des initiatives et des entreprises industrielles ou commerciales, il est de plein droit considéré comme soumis à la même juridiction que s'il était simplement l'un de ses propres ressortissants et comme tel investi, exactement, des mêmes droits et devoirs, ce qui implique qu'il n'y aurait pour lui, dans le cours de la procédure judiciaire, aucune distinction particulière, fût-elle de simple courtoisie (sauf toutefois pour l'exigence manifestement inopportune, de la caution *judicatum solvi*). Mais lorsqu'il s'agirait d'une activité politique, ou celle-ci s'exercerait par l'entremise d'un de ses ressortissants, auquel cas le droit commun s'appliquerait de lui-même, ou celle-ci s'exercerait directement par lui, s'opposant par exemple à une procédure faite contre un navire ou aéronef qui serait de sa flotte, même marchande, il ne serait susceptible d'aucune procédure interne, si ce n'est devant ses propres tribunaux, juste le temps de chercher, sinon justice immédiate, tout au moins, en cas de manquement, l'épuisement des recours

internes nécessaires à la formation de l'instance internationale.

Avec le critérium fonctionnel, on trouve plus de souplesse et, par suite, de compréhension qu'avec le critérium du *jus imperii* qui fait trop de place dans le droit moderne à la notion de la souveraineté.

Nous ne sommes plus au temps où l'Etat s'absorbait dans le prince, où l'immunité de l'Etat naissait dans la personne même de son prince, sur la base d'une souveraineté, qui ne connaissait que l'indépendance, alors que la vérité était dans l'interdépendance.

Nous ne sommes plus au temps des privilèges et, si l'Etat a les siens, soit en lui-même soit dans ses agents, comme les ministres publics, ce ne peut être que dans les limites de la nécessité de la fonction. J'aurais aimé que ces considérations fussent examinées par vous dans le sentiment d'une évolution historique dont on peut dire que l'histoire des immunités est une abolition constante. Mais cette abolition constante ne peut pas se faire, hors les ministres publics, au profit de la justice interne, elle doit se faire au profit de la justice internationale.

Les tribunaux arbitraux mixtes demandés par André Prudhomme, suivant des idées auxquelles j'étais depuis longtemps associé, me donnent à penser que, d'une manière ou d'une autre, dans la Résolution définitive de l'Institut, ceci doit être marqué. Pour m'éloigner le moins possible de la présentation générale de votre projet, je conclurai volontiers que :

L'égalité souveraine des Etats *indépendants*, membres de la société internationale, ne leur permet de venir ni en demande ni en défense devant les tribunaux d'un autre Etat, à moins que l'Etat se livrant à des activités non politiques, ne se présente sur le plan, non souverain

a) des activités lucratives de droit privé,

b) des activités morales, philanthropiques, charitables, intellectuelles (qui sont bien de sa fonction mais non pas de sa fonction exclusive),

c) des activités strictement patrimoniales de droit privé (où, manifestement, il ne peut avoir plus de droit qu'un particulier). J'ajoute que, dans les deux derniers cas, *b)* et *c)*, où sa souveraineté n'est pas en cause, mais qui ne sont pas extra-fonctionnels au même titre que les activités de *a)* parce que, si elles ne sont pas essentielles, elles sont complémentaires, je conçois très bien qu'en raison de la dignité de l'Etat, accomplissant son rôle institutionnel, même alors qu'elles ne sont pas exclusives, en raison de ce que j'appellerai volontiers la majesté étatique, il y ait dans la procédure des marques particulières de courtoisie.

Si j'ajoute que c'est avec le plus grand intérêt que j'ai pris connaissance des documents qui viennent de m'être transmis dans un appartement bouleversé par une présence d'ouvriers qui me le rendent absolument inhabitable, j'aurai terminé mes excuses, mais je n'aurai vraiment donné mon sentiment qu'en ajoutant combien je suis heureux de porter mon adhésion générale aux idées maîtresses du savant rapporteur dont je suis heureux de me dire le très dévoué collègue et fidèle ami.

A. de La Pradelle

9. Observations by Mr. H. Lauterpacht

Cambridge, 8 October 1951.

Cher et très honoré Confrère,

I wish to apologise for having delayed, on account of absence abroad, my Observations on your valuable Preliminary Report. The subject is clearly not only of considerable practical and

doctrinal interest. It is also one on which, although there exist already certain discernible tendencies in the practice of governments and courts, there is still a pronounced degree of controversy.

I.

1. In view of this I venture to think that it may perhaps be preferable if, at the initial stage of our enquiry, I confine these observations to the principal aspects of the question of immunity of foreign States. Accordingly, I do not propose to discuss here in detail such questions as those contained in Article 1 of your *Projet de Convention* (i.e. the question as to what kinds of States are entitled to immunity) ; Articles 2 and 9 (renunciation of immunity) ; Article 10 (security for costs [caution *judicatum solvi*]) ; Article 11 (counterclaim) ; Article 13 (discovery of proofs and documents). My original intention was to examine in some detail the other aspects, thus limited, of the problem. However, after I have composed Part II of this letter in which I survey the practice of courts of various countries, our eminent Secretary-General has suggested—and I fully agree with his suggestion—that for technical reasons it is desirable to deal briefly and generally with the questions arising out of your Report. I hope therefore that you will forgive the summary character of my observations in parts III-VII of this letter.

II. *The practice of courts*

2. In as much as your *Projet de Convention* is intended, to some extent, to be based on the existing legal position, it may perhaps be useful to take fully into account the changes which have taken place in the last quarter of the century. Your Reports of 1938 and 1951 (as well as the replies of some of our colleagues) seem to suggest that the abandonment of what

you describe as the classical doctrine—namely, the doctrine of absolute immunity—is limited to Belgium, Italy, and Switzerland. However, it appears to me that the great majority of the countries in which it is possible to ascertain any articulate practice have abandoned the doctrine of absolute immunity. I hope you will allow me to survey briefly the practice of these States.

3. *France.* As you yourself say in your recent report, " la jurisprudence française a estimé que les actes de commerce d'un Etat devaient rester en dehors du domaine de l'immunité de juridiction " (p. 6). You give in the same place references to various cases substantiating that view. On p. 8 of your Report you refer to a decision of the Chambre des Requêtes given in 1946 in the case of *Procureur Général* v. *Vestwig* (*Sirey*, 1947, I, 137) as having rejected immunity " pour les actes qui ne sont pas de puissance publique ". As is well known, recent French jurisprudence is somewhat hesitating in the manner. There are some who believe that in most of the cases in which French courts have declined the plea of immunity they have done so on the ground that the defendant was not the sovereign State as such but an entity distinct from that State (for a lucid elaboration of that view see the article by Mr. Hamson entitled : " Immunity of Foreign States in the Practice of French Courts " in *British Year Book of International Law*, 27 (1950), pp. 293-331). In the above quoted *Vestwig* case, the Chambre des Requêtes rejected the plea of immunity on the ground that the attachment of the funds in question was not in fact concerned with property belonging to the Norwegian State. However, as French courts reserve for themselves the right to determine whether a foreign entity is or is not in fact identical with the foreign sovereign State, it is clear that in any case—though possibly in different ways—they reject the doctrine of absolute immunity. Thus they

have held that whatever may be the Soviet law on the matter, the Soviet Trade Delegation cannot be regarded as identical with the Soviet State and is therefore not entitled to immunity. In the most recent case bearing on the subject—*Etat Roumain* v. *Dlle Aricastre* (1950, *Sirey*, I, 2, 141)—the French Court of Cassation, while upholding the plea of immunity of the Roumanian State in an action involving a bequest to that State for charitable purposes, did so on the ground that in all matters relating to inheritance the Roumanian State acted in its sovereign capacity. However that may be, it is clear that France can no longer be regarded as fully wedded to the principle of absolute immunity.

4. *Greece.* Greek courts decline to grant to foreign States immunity from jurisdiction in actions involving activities *jure gestionis.* This is clearly shown in a decision given in 1928 by the Court of Athens and reported in *Themis*, vol. 40, p. 486 ; *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1927-1928, Case No. 109. The Court held there that the Soviet Union, when acting as a vendor of goods, assumed the character of an *entrepreneur* and undertook an ordinary piece of private business. The same view was adopted by the Court of Athens in 1931 in the *Consular Premises* case (*Annual Digest*, 1931-1932, Case No. 187). In 1949 the Court of Appeal of Athens once more adopted as " l'opinion la plus correcte " the view that jurisdictional immunity of foreign States " se borne aux actes auxquels l'Etat étranger procède comme pouvoir politique souverain *(jure imperii)* " (reported in *Revue Hellénique de droit international*, 3 (1950), p. 331). In the same case the Court recalled that according to a Greek Law of 1938 foreign States do not enjoy absolute immunity from execution seeing that that Law made such execution dependent upon previous authorization of the Minister of Justice.

5. *Mixed Courts of Egypt.* Although the activity of these

courts must now be regarded as having been terminated, it is instructive to note—having regard to their international composition—that these courts consistently refused to act on the principle of absolute immunity and assumed jurisdiction against foreign States in matters in which those States acted *jure gestionis*. The decisions in *Capitaine Hall* v. *Capitaine Zacarias Bengoa* (*Bulletin de législation et de la jurisprudence égyptienne*, 33 (1920-1921), p. 25) ; in re *Palestine State Railways Administration* (*Annual Digest*, 1919-1942, Suppl. Volume, Case No. 78) ; and in *Egyptian Delta Rice Mills Co.* v. *Comisaria General* (*Bulletin*, 55 (1942-1943), p. 114 ; *Annual Digest*, 1943-1945, Case No. 27) provide instructive examples.

6. *Eire*. The attitude of Irish courts is the same—as shown, with respect to State-owned trading vessels, in *The Ramava* (*Irish Law Times*, 75 (1941), p. 153 ; *Annual Digest*, 1941-1942, Case No. 20). The decision in *Saorstat and Continental Steamship Co.* case was on the same lines ([1945] I.R. 291 ; *Annual Digest*, 19, Case No. 25).

7. *Austria*. The most authoritative and complete statement of Austrian practice is contained in a judgment of the Austrian Supreme Court given in 1950 in the *Dralle* case—a case involving the Czechoslovak Republic as the owner of a naturalised industrial undertaking. After a detailed survey of judicial and governmental practice the Court came to the conclusion that " it is no longer possible to say that according to recognized international law so-called acts *jure gestionis* are exempt from national jurisdiction."

8. *Portugal*. It appears from a series of statements in Hackworth, *Digest of International Law*, vol. II (1941), p. 438 that Portugal does not grant immunity to foreign government-owned vessels engaged in commerce.

9. *Holland*. The practice of Dutch courts on the subject has been hesitating. In a series of cases before and during the

First World War Dutch Courts not only assumed jurisdiction over foreign States ; they also proceeded to attachment and execution. Thus, for instance, in 1909 a Dutch Court authorized the seizure of a Swedish submarine in respect of a claim for assistance rendered to her (*Weekblad van het Recht*, 1904, p. 8010). The decision, given in 1921, in *South Africa* v. *Herman Grote* was to the same effect (*Annual Digest*, 1919-1922, Case No. 8). In 1942, in *Weber* v. *Union of Soviet Socialist Republics*, the Dutch Court of Appeal gave a decision, in favour of Soviet Russia, based on the doctrine of absolute immunity (*Annual Digest*, 1919-1942, Suppl. Volume, Case No. 74). Professor Verzijl, in a note to that case, observes, as a matter of interest, that at that time Holland was occupied by German forces. In another case—*De Froe* v. *the Russian State* (*Annual Digest*, 1931-1932, Case No. 87)—he summarises the practice of Dutch courts to the effect that the question of immunity of foreign States in respect of acts *jure gestionis* " has not yet been definitely settled ". In the most recent Dutch case of which I have knowledge—*Nederlandse Rijnbank* v. *Mülig Union*—a special Dutch Court for the Restoration of Legal Rights held in 1947 that " the principles of international law concerning the immunity of States from jurisdiction do not apply to State conducted undertakings in the commercial, industrial, or financial fields " (*Annual Digest*, 1947).

10. *Roumania.* While no information is available of the present practice of Roumanian courts, in a decision given in 1920 and concerning the Polish Tobacco Monopolies administered by the Polish Ministry of Finance, a Roumanian court emphatically rejected a claim to immunity in what it considered to be an activity of a private law nature (*Revue de droit international privé*, 19 (1924), p. 581).

11. *Russia.* From the information given in Miss Allen's book on *The Position of Foreign States before National Courts*

(1933), p. 293, it appears that the Courts of pre-revolutionary Russia assumed jurisdiction in actions arising out of activities *jure gestionis*. I have no information as to the law of Soviet Russia except that a decree of 14 June 1929 provided that no seizure of the property of foreign States is permitted unless with the permission of the Council of People's Commissars. This applies only to States which grant reciprocal treatment to Soviet Russia.

12. *Poland*. The practice of Polish courts before the Second World War showed a general tendency to assume jurisdiction in matters other than *jure imperii*. Thus in the case of *Russian Trade Delegation* v. *Fajaña*, the Supreme Court indicated that submission on the part of a foreign State to Polish jurisdiction may take place " by the very fact of taking up commercial activities in Poland " : *Annual Digest*, 1927-1928, Case No. 108. See also to the same effect : *ibid.*, 1935-1937, Case No. 95, p. 240. It appears from an observation made by the Polish member at the meeting of the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law in 1927 (3rd Session, p. 53) that Polish courts assumed jurisdiction in an action against the United States Shipping Board.

13. With regard to *Scandinavian Countries*, the leading Swedish case—*The Rigmor* (*Annual Digest*, 1941-1942, Case No. 63)—while, on the face of it, based on the principle of absolute immunity, in fact contains serious qualifications of that principle. It would also appear that in the matter of immunity of vessels claimed by the foreign Government, Swedish courts attach importance to the question whether possession was obtained lawfully or not (*The Solgry*, *Annual Digest*, 1919-1942, Suppl. Volume, Case No. 82). In its reply to the Questionnaire sent out by the League of Nations Committee for the Progressive Codification of International Law, the Swedish Government drew attention to the tendency of

Swedish courts to limit the jurisdictional immunities of foreign States in matters arising out of financial transactions (Doc. A.15. 1928. V, p. 84).

14. *Latin-American Countries.* There is a conspicuous absence, in most of these countries, of direct authority on the subject. The Argentinian Civil Code, in Article 34, gives to Argentinian courts jurisdiction over foreign governments in matters *jure gestionis.* In a number of cases Argentinian courts have acted directly or indirectly on that principle (see e.g., *The Ibai,* decided in 1937, where the Federal Court of Appeal declined jurisdiction in respect of ships requisitioned by the Spanish Government on the ground that her voyage " had nothing to do with speculation or gain, but was wholly prompted by the necessity of providing efficiently for the defence of the State " : *Annual Digest,* 1938-1940, Case No. 96). The above mentioned judgment of the Austrian Supreme Court (paragraph 8) draws attention to similar decisions of Brazilian and Chilean courts. It will also be noted that many Latin-American States are parties to the Bustamante Code of 1928 which, in Article 335, sanctions jurisdiction over foreign States if they act " as an individual or private person ".

15. *Countries apparently still Adhering to the Principle of Absolute Immunity. Great Britain.* English courts still adhere, perhaps with some rigidity, to the rule of absolute immunity in all its aspects. This was illustrated in the recent case of *Krajina* v. *Tass Agency,* (1949) 2 All E.R. 274 where the Court declined jurisdiction, in an action for libel, against what the Court considered to be an agency of the Soviet State fully identified with it (It has been suggested that a French court would probably have considered that particular department to be an entity distinct from the Russian State and as such not entitled to immunity). As the result of that decision the British Government appointed a Committee to enquire into the ques-

tion of jurisdictional immunities of foreign States and to report to what extent, if any, English law grants to foreign States immunities in excess of what is required by the principles of international law and the practice of other States. It may be noted that in the leading recent case on the subject—*The Cristina*, [1938] A.C. 485—while the House of Lords held that the vessel in question, being *publicis usibus destinata*, was entitled to immunity, the majority of the judges expressed doubts as to whether—having regard to recent developments—this would be so if the vessel were used for purely commercial purposes.

16. *The United States of America.* In a distinct sense the roots of the judicial practice in relation to immunity of foreign States go back to the classic decision of Chief Justice Marshall in *Schooner Exchange* v. *Mac Faddon.* As late as 1925, in the case of *Berizzi Brothers* v. *Steamship Pesaro*—(1926) 271 U.S. 562—the Supreme Court affirmed in emphatic language the doctrine of absolute immunity. It did so notwithstanding the refusal of the State Department to certify the immunity of the ship in question. In 1945 the Supreme Court, confronted with a similar refusal of the State Department, denied immunity (*Republic of Mexico* v. *Hoffman*, 324 U.S. 31). It did so on the technical ground that the ship was not actually in possession of the Mexican Government. However, it appears from a significant concurring opinion of Mr. Justice Frankfurter that the case may be fairly regarded as an " implied recession " from the case of *Berizzi Brothers* v. *Steamship Pesaro.* This was so, even more emphatically, the view of the District Court for Washington in *The Beaton Park* ((1946) 65 F. Supp. 213). The Court said : " Here it was not a government function that was being pursued. It was merely an ordinary commercial operation of a merchant ship owned but not possessed or operated by the foreign government . . . In the absence of

statute or treaty, no sound principle of law or of international comity recognizes that the courts of this country treat a foreign government more favourably as to sovereign immunity than our own Government is treated by the Courts."

17. *Germany.* Finally, reference may be made to the position in Germany. There the decision of the Supreme Court, given in 1923, in *The Ice King* (*E.R.Z.* 103, p. 274)—a decision upholding absolute immunity—has tended to create the impression that German Courts are firmly and uniformly committed to that doctrine. This is not so. There are German decisions to the contrary. In the *Halig* case, decided in 1928 by the Prussian Tribunal for Conflicts of Jurisdiction (*Zeitschrift für Völkerrecht,* 15 (1930), p. 271 ; *Annual Digest,* 1927-1928, Case No. 104) the court based its decision on the principle that *in matters of private law* courts have not, as a rule, jurisdiction over foreign States. It will also be noted that Germany adhered to the Brussels Convention of 1926.

III. *The distinction between acts of " Puissance Publique " and acts of " Gestion Patrimoniale "*

18. The above survey of the practice of courts shows that in so far as there exists an articulate practice of courts that practice in the great majority of States has tended, in recent years, to abandon the principle of absolute immunity. It is no longer limited to Switzerland, Belgium and Italy. At the same time experience has shown that that practice, in so far as it is based on the distinction between acts *jure gestionis* and acts *jure imperii,* provides no scientific or satisfactory basis for a solution of this problem. Neither is it conducive to uniformity or certainty. By reference to that distinction courts of various countries or even courts of the same country have rendered divergent decisions with regard to the same subject matter. It is probably because of that fact that in your most recent

Report you have decided to adopt another distinction—that between acts " de gestion patrimoniale analogue à celui d'un simple particulier " and other acts, i.e. acts of sovereignty. With great respect, I doubt whether that new proposed distinction differs substantially from and avoids the difficulties of the more widely accepted distinction between acts *jure gestionis* and acts *jure imperii*. I do not know whether the term " acte de gestion patrimoniale " is an accepted term of art in French law. There may be a difficulty in finding a counterpart for it in some other systems of law.

IV. *Immunity and the Rule of Law*

19. There is one important aspect of the matter which is intimately connected with the subject of the proposed Convention and which you may perhaps consider in any Supplementary Report which you may wish to prepare. In the discussions, in the last quarter of the century, concerning the jurisdictional immunities of foreign States, the main theme has been the fact that the expansion of the activities of the State into the commercial—and, generally, economic—spheres has tended to render obsolete the old rule of absolute immunity. In particular, it has been rightly pointed out that as the result of that rule the foreign State, as a commercial rival, enjoys an unfair advantage over private competitors. However, this is no longer the only element in the situation. In my submission the equally important consideration is that the immunity of the foreign State constitutes only one aspect of the immunity of the State in general and that such immunity is increasingly being regarded as contrary to the true rule of law and to the rights of the individual. The modern tendency in democratic States is to submit the government to the ordinary limitations and obligations of the law. That tendency has found expression in such enactments as the English Crown Proceedings Act,

1947, which finally did away with, substantially, all the immunities of the Executive. It is no longer possible, in my submission, to treat the question of the immunity of foreign States apart from these wider considerations and I would welcome an expansion of any future Report so as to cover this fundamental aspect of the problem.

V. *Re-examination of traditional explanations of immunity*

20. At the same time—and largely for the reasons stated in the preceding paragraph—it is necessary, in my view, to give more critical consideration than has been the case hitherto to the traditional explanation, in terms of principle of international law, of the doctrine of immunity of foreign States. That doctrine has been that such immunity is demanded by the principles of independence, equality, and dignity of States. None of these explanations seem to me to be adequate or accurate. There appears to me to be no rational ground for the view that the independence or equality or dignity of a foreign State are compromised if that foreign State is subjected, on a footing of equality with the domestic State, to orderly judicial processes surrounded by the safeguards of internal—and, possibly, of international—law. Yet that explanation appears in most of the judicial decisions and writings of publicists affirming the doctrine of immunity. Perhaps it underlies also some parts of your own Reports. In my submission, the future work of the Institute on the subject must be devoted to some extent to a critical re-examination of these traditional explanations of the rule of jurisdictional immunity of foreign States.

VI. *The possible principles of a solution*

21. It follows largely from what has been said above that, in my submission, the solution of the problem cannot be found in the distinction between acts *jure gestionis* and acts *jure*

imperii. Neither can it properly be attempted by accepting the principle of immunity as the basic rule and laying down exceptions to it. For, as pointed out, there is no acceptable justification, in terms of international law, for any basic principle of immunity. Moreover, any attempt to formulate exceptions to the principle of immunity is likely to lead, in a circuitous way, to the unworkable distinction between acts *jure gestionis* and acts *jure imperii.* In my view, which the scope of these observations does not permit to elaborate, the proper solution of the problem consists in the adoption of the principle that, apart from specified exceptions, the foreign State must be subject to the jurisdiction of domestic tribunals in the same way as the domestic State itself is. These exceptions could properly include objects and matters connected with diplomatic representation ; warships and, in time of war, vessels assimilated to them ; and matters directly arising from the legislative activity of the foreign State. The discussion and formulation of these exceptions constitutes in my view a desirable and urgent object of the work of the Institute and, under your distinguished leadership, of our Commission.

VII. *Execution*

22. The main considerations adduced in this letter apply also to the question of execution. I note that in your Report and *Projet de Convention* you do not rule out altogether execution against foreign States. This, if I may say so, seems to me to represent the correct solution which is in accordance with an increasing practice of States (although not as increasing as the denial of absolute immunity from jurisdiction). However, you couple the adoption of that principle with the distinction between matters and objects " affectés à l'exercice de leur puissance publique " and those relating to acts of " *gestion patrimoniale* ". In my submission the objections which militate

against the adoption of that distinction in the matter of jurisdiction apply also to the question of execution. Similarly, the reasons which favour the subjection of foreign States to the jurisdiction of the domestic State operate also in the sphere of execution subject, possibly, to the requirement of a special authorization, in each particular case, of the highest executive authorities of the State such as the Minister of Justice or the Minister of Foreign Affairs.

May I repeat, my dear Colleague, the expression of my deep appreciation of your interesting Report and Projet de Convention on this important subject.

Yours sincerely,

H. Lauterpacht

10. Observations de M. Gaetano Morelli

Rome, le 15 septembre 1951.

Cher et très honoré Confrère,

C'est avec le plus vif intérêt que j'ai lu votre rapport préliminaire sur l'immunité de juridiction des Etats étrangers, par lequel vous précisez et complétez d'une façon heureuse votre très remarquable rapport de 1938.

Sans entrer dans les détails des différentes questions que vous examinez avec tant de clarté, je me permets de vous soumettre très brièvement quelques idées, d'un caractère tout à fait général, qui ont été énoncées, dans la doctrine italienne, par moi-même et par d'autres auteurs et qui, à mon avis, peuvent être utiles pour une exacte position du problème.

Un Etat peut être considéré comme sujet de droit par l'ordre juridique d'un autre Etat. Cela signifie que cet ordre juridique reconnaît certains rapports de la vie réelle dont l'Etat étranger est le titulaire. Les juges de l'Etat qui reconnaît ces rapports dans son propre ordre juridique pourraient, en principe, en connaître. Mais un empêchement à l'exercice de la fonction judiciaire à l'égard des dits rapports peut justement dériver du principe de l'immunité de juridiction. Ce principe consiste dans un privilège en faveur d'une catégorie particulière de sujets de droit, c'est-à-dire des Etats étrangers. En tant que principe adopté dans l'ordre juridique intérieur (en conformité, par hypothèse, avec une obligation internationale de l'Etat), le *principe de l'immunité de juridiction relève entièrement du domaine de la procédure civile.*

Il faut ajouter que, comme le principe en question consiste dans une faveur accordée à l'Etat étranger, il ne pourrait jouer que dans le cas d'*Etat étranger défendeur*. Si l'Etat étranger agit comme demandeur, le principe de l'immunité de juridiction n'entre pas du tout en ligne de compte. Il ne faut pas songer, en ce cas, à une renonciation à l'immunité de la part de l'Etat qui a introduit l'action en justice.

Outre les rapports dont je viens de parler, c'est-à-dire les rapports qui ont comme sujets les Etats étrangers et qui sont reconnus par notre ordre juridique intérieur, il y a d'autres rapports de la vie réelle qui intéressent également les Etats étrangers mais qui ne sont pas reconnus par notre ordre juridique, bien qu'ils puissent l'être par d'autres ordres juridiques. Tels, en premier lieu, les rapports dans lesquels l'Etat étranger apparaît comme sujet du droit des gens. Tels, en deuxième lieu, les rapports dont l'Etat étranger est le sujet dans son propre ordre juridique en tant que puissance publique. C'est de ce point de vue que se justifie, à mon avis, l'importance que l'on attribue en général, pour le problème de l'immunité de

juridiction, à la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis.*

Il est tout à fait évident qu'à l'égard des rapports qui ne sont pas reconnus par l'ordre juridique de notre Etat les juges de cet Etat ne peuvent exercer leur fonction ; du moins l'exercice de la fonction judiciaire ne peut aboutir à la déclaration de l'existence de ces rapports, étant donné qu'ils n'existent pas, en tant que rapports juridiques, pour l'ordre juridique du for. Cette impossibilité relève du droit matériel et non pas de la procédure civile. Aussi ne serait-il pas rigoureusement correct de parler, à ce propos, d'exemption de la juridiction ; on devrait parler plutôt d'exemption de la loi.

Puisque c'est en raison de leur nature que les rapports de droit public (dérivant d'actes de puissance publique) ne sont pas reconnus par l'ordre juridique intérieur, l'attitude de cet ordre ne peut être différente en ce qui concerne les rapports de même nature dont le titulaire est, non pas un Etat étranger, mais une autre personne morale étrangère de droit public, comme une province ou une commune.

De la raison qui explique l'impossibilité de l'exercice de la juridiction à l'égard des rapports de droit public, il résulte, en outre, que cette impossibilité existe dans le cas d'Etat étranger défendeur aussi bien que dans le cas d'Etat étranger demandeur (voir les jugements qui ont justement repoussé les demandes formées par des Etats étrangers aux fins d'obtenir le recouvrement d'impôts).

On peut cependant se demander si le droit international oblige réellement chaque Etat à ne pas reconnaître, dans son ordre juridique, les rapports de droit public intéressant les Etats étrangers. On pourrait penser au contraire que, même en ce qui concerne ces rapports, il n'y ait que l'obligation internationale de ne pas exercer la juridiction et que la non reconnaissance des rapports dont il s'agit soit simplement le

moyen librement adopté par l'Etat pour l'accomplissement de son obligation internationale.

Mais je pense que l'interprétation exacte est la première. L'obligation imposée à chaque Etat de ne soumettre à aucune évaluation, dans son propre ordre juridique, les rapports de droit public intéressant les Etats étrangers est une obligation qui découle du principe de l'indépendance réciproque des Etats. Et c'est une obligation qui sert à protéger un intérêt général de l'Etat étranger. Peu importe que, dans des cas particuliers (comme dans le cas où il s'agit d'un rapport avantageux pour l'Etat étranger et où c'est par conséquent celui-ci qui introduit le procès), l'Etat étranger aurait, au contraire, intérêt à ce que le rapport soit reconnu par notre ordre juridique et déclaré par nos juges.

Veuillez agréer, cher et très honoré Confrère, les assurances de ma haute considération et de mes sentiments les plus dévoués.

Gaetano Morelli

11. Observations de M. J. P. Niboyet

Paris, le 17 juillet 1951.

Mon cher Confrère,

Puisque vous m'y invitez, je prends la liberté de vous présenter, au sujet de votre projet de rapport sur l'immunité de l'Etat, les quelques remarques suivantes :

I. *Réflexions d'ordre général*

1° Je crois qu'il faudrait être fixé sur le point de savoir s'il s'agit d'un projet de convention ou de résolution, la forme à suivre ne devant pas être la même dans les deux cas. Je pense

que la forme convenant le mieux aux travaux de notre Institut est celle d'une Résolution, par laquelle s'affirme une doctrine. Il sera toujours possible de transformer ultérieurement notre texte en projet de traité, si les choses doivent entrer dans la voie des réalisations.

2° Je vous approuve de distinguer, à la différence du projet de 1939, l'immunité de juridiction et celle d'exécution, ce qui met de la clarté dans la réglementation projetée, et répond à certaines préoccupations doctrinales modernes.

3° Je crois devoir vous signaler une lacune du projet. Les procéduriers distinguent aujourd'hui deux sortes d'incompétences, l'une dite d'attribution, et l'autre d'ordre territorial. La compétence d'attribution est celle qui touche à l'ordre des juridictions, comme par exemple en droit interne la juridiction judiciaire et celle administrative. Dans les rapports internationaux, il y a des litiges pour lesquels on ne conçoit pas la compétence des tribunaux français, alors même que les plaideurs seraient d'accord — hypothèse d'ailleurs absurde — pour accepter la compétence des tribunaux français. Tel est le cas d'un litige relatif au renvoi d'un fonctionnaire, ou au montant d'une pension de retraite, ou encore à l'évaluation, ainsi qu'à la perception d'un impôt. Ce ne sont là que des exemples, non limitatifs. Nos tribunaux ne peuvent pas en connaître, mais ceci pour des considérations tout à fait étrangères à l'immunité de l'Etat, parce que la solution serait exactement la même à l'égard d'un département ou d'une ville. Or ce problème est généralement obscurci parce qu'on le confond avec celui de l'immunité, et que c'est un réel progrès, autant scientifique que pratique de l'en distinguer. Je serais donc d'avis de placer, en tête du projet, un texte qui fasse allusion à l'incompétence d'attribution des tribunaux à l'égard des matières administratives relevant de la compétence inclusive de chaque Etat, *et ne pouvant comporter aucune exception,*

sous quelque prétexte que ce soit. Le texte pourrait ainsi débuter :

« Indépendamment des litiges d'ordre administratif qui ne peuvent relever que des tribunaux de l'Etat qu'ils concernent, les tribunaux d'un Etat peuvent connaître des litiges à l'égard d'un Etat étranger, dans les conditions ci-dessous indiquées. »

4° Il faut prévoir l'hypothèse du déni de justice, c'est-à-dire celle où, dans un litige auquel s'applique l'immunité de juridiction, il n'existe dans l'Etat étranger aucun tribunal auquel un demandeur peut s'adresser et ceci pour une cause ou une autre. Un texte devrait traduire cette idée, par exemple, dans la forme suivante :

« L'immunité de juridiction de l'Etat n'existe pas lorsqu'il est établi qu'il n'existe dans cet Etat aucune juridiction à laquelle le demandeur puisse effectivement s'adresser. »

II. *Observations relatives aux textes proposés*

Article premier

1° Le texte ne vise que l'*Etat souverain*. Or, les Etats *mi-souverains*, tels que la Tunisie ou le Maroc, bénéficient de l'immunité de juridiction, d'après une jurisprudence bien établie. Je pense donc que la rédaction doit être modifiée pour viser l'Etat, en général, personne de droit international, qu'il soit souverain ou mi-souverain.

2° Il est exact que la jurisprudence refuse l'immunité aux services publics dotés d'une personnalité distincte de celle de l'Etat. Selon moi, c'est une erreur. Ce qui importe c'est la nature du service en cause, et non le fait qu'il possède une personnalité propre. Je préférerais donc étendre l'immunité aux services de l'Etat, soit qu'ils s'exercent par la personne de

l'Etat, soit par celle d'une personne morale propre. Le fait qu'un service possède ou non la personnalité morale est un détail administratif, qui ne doit pas influer sur le fond des choses. Ainsi dans tel pays les chemins de fer s'identifient dans la personne de l'Etat, tandis qu'ailleurs ils sont personnalisés. Cela ne doit pas influer sur la compétence. Est-on ou non en présence d'un service d'Etat ? Telle est la question qui se pose. Je vous demande d'y réfléchir sérieusement.

Article 2

1° Pourquoi limiter la renonciation au cas d'un procès de droit privé ? Il peut y en avoir tout aussi bien de droit public. La distinction de ces deux branches de droit varie trop d'un pays à l'autre. Il suffit de la prévoir *dans tout contrat.*

2° Je relève une certaine contradiction entre les alinéas 2 et 3 de l'article. Si la renonciation doit être certaine et régulière, le texte de l'alinéa 2 est trop absolu. Je crois qu'on pourrait fondre les alinéas 2 et 3 en un seul, à peu près ainsi :

« La renonciation peut être expresse ou tacite. Elle doit être certaine, et ne peut s'induire de présomptions vagues. »

3° L'article 9 doit venir immédiatement après l'article 2 ou inversement. En tout cas, les deux choses ne peuvent être disjointes, car votre article 9 se réfère à une hypothèse de renonciation.

Article 3

1° J'approuve votre idée de vous attacher à la nature de l'acte. C'est, selon moi, un progrès. Mais votre formule ne me satisfait pas, car la *gestion patrimoniale* est trop vague. L'administration d'une forêt domaniale, et l'achat de matériel pour celle-ci est bien un acte de gestion patrimoniale, et cependant je ne pense pas qu'il fasse exception à l'immunité. Il me semble qu'il vaudrait mieux employer l'expression d'*acte de commerce,*

qui correspond mieux à l'activité moderne de l'Etat qui doit échapper à l'immunité de juridiction. On pourrait aussi dire : *activité commerciale*, ou quelque chose de ce genre, ou encore *activité non gouvernementale*.

2° Il me paraît essentiel de prévoir les conflits de qualification, soit que l'on maintienne votre formule, soit qu'on en prenne une autre. Et, dans ce cas, une incidente me paraîtrait indiquée après « un acte de gestion patrimoniale », qui pourrait être : *au sens de la qualification reçue dans le pays du procès*. En effet, le problème ne peut être éludé, car il se présentera nécessairement.

3° Je suis partisan de faire de la fin de l'article 3 un alinéa spécial, ou peut-être même un article distinct ainsi conçu :

> « L'immunité de juridiction ne s'applique pas aux actions réelles mobilières ou immobilières, ainsi qu'en matière de successions. »

Article 4

Substituer *in fine* la formule « *par voie d'emprunt public* ».

Article 5

Ce texte est inutile. Il est évident que là où cesse l'immunité de juridiction, c'est le droit commun de la compétence qui s'applique. Il n'y a pas de question qui se pose à ce sujet.

Article 6

L'article 6 est inutile. De deux choses l'une :

1. ou bien il existera un tribunal international, avec ses règles de compétence, et il faudra se conformer à celles-ci, sans qu'on ait ici à le dire ;
2. à défaut, c'est le droit commun qui jouera.

Article 7

Je suis résolument hostile à ce texte, sauf la première phrase. En effet, on ne peut modifier les règles de compétence et de procédure en vigueur dans chaque pays. L'autorisation qu'exige votre texte soulève toute la question de l'immunité et il faudra donc un jugement sur ce point, alors que la procédure peut ne pas se prêter à une disjonction du problème de la compétence et du fond de droit. Tout individu peut saisir les tribunaux à ses risques et périls. C'est alors aux tribunaux à décider de la recevabilité des actions portées devant eux, mais cela conformément au droit commun.

En outre, un tribunal français n'a pas à poser de conditions à l'Etat étranger pour qu'il présente des objections, car l'Etat n'est pas obligé de comparaître, pas plus qu'un autre plaideur.

Article 8

Ce texte méconnaît une solution universellement reçue, d'après laquelle chaque tribunal applique ses règles de procédure. Les conditions d'une assignation ne peuvent être que celles en vigueur dans le pays du procès, et il y a une véritable impossibilité technique à ce qu'il en soit autrement.

Article 9

1° L'intervention n'implique pas nécessairement l'acceptation de la compétence. La pratique judiciaire fournit des hypothèses d'intervention d'un Etat précisément pour faire respecter son immunité. Votre texte est donc trop général.

2° La fin de l'article 9 est inutile et en dehors de la question. En effet, seul l'Etat a droit à l'immunité. S'il n'est pas reconnu, il n'est donc pas un Etat au sens international, et ne peut se prévaloir des avantages de la souveraineté. Quant au fait de ne pas entretenir momentanément de relations, il ne fait

pas disparaître l'immunité de l'Etat. Celle-ci subsiste même au cours d'une guerre.

Article 10

Aucune raison de dispenser de la caution. Les Etats sont souvent mauvais payeurs. En outre, le projet concerne l'Etat défendeur ; or, aux termes de l'article 16, Code civil, la caution n'est due que par le demandeur.

Article 12

On ne comprend pas cette exigence. L'Etat du défendeur est complètement désintéressé dans la question et la question ne le regarde en rien.

Article 13

Cette disposition est inopportune. L'Etat qui fait ou accepte un procès est astreint aux règles ordinaires de la procédure, et on ne peut lui accorder un traitement de faveur tout à fait exorbitant, et qui serait au détriment de l'autre plaideur. S'il y a des secrets d'Etat, c'est qu'on se trouve dans un cas d'immunité ou d'incompétence d'attribution.

Article 14

1° Je préférerais « *et affectés à une activité gouvernementale, non commerciale* » à la fin de l'alinéa 1.

2° L'alinéa 3 est inutile. En effet, là où il n'y a pas d'immunité d'exécution de l'article 14, alinéa 1, le droit commun reprend son empire.

3° L'alinéa final est impossible à admettre. Il n'y a pas d'exécution par les moyens diplomatiques. Ce texte est à supprimer. Certes on doit souhaiter qu'il n'y ait pas à recourir à des mesures d'exécution, mais quand il faut y procéder, celles-ci ne se conçoivent que selon les règles du lieu de l'exécution.

Article 15

Rédiger ainsi :

« La saisie conservatoire des biens d'un Etat n'est possible que si elle se réfère à une créance née d'une activité commerciale et non gouvernementale. »

Article 16

Il y a une impossibilité. On ne peut obliger les autorités de l'Etat étranger condamné à procéder sur son propre territoire à des mesures quelconques. C'est contraire à la souveraineté de cet Etat. Il n'en est pas de même de l'Etat dont le ressortissant a obtenu le jugement.

Voici, mon cher Confrère, les trop nombreuses réflexions que m'a suggérées la lecture de votre très intéressant rapport, et que je prends la liberté de vous soumettre.

Recevez, je vous prie, l'assurance de mes meilleurs sentiments.

J. P. Niboyet

12. Observations de M. Charles De Visscher

Bruxelles, le 9 juillet 1951.

I. *Remarques générales*

Je suis rallié depuis longtemps à l'idée d'une limitation des immunités des Etats étrangers devant les tribunaux internes. La nécessité d'une telle limitation procède avant tout pour moi du rôle croissant de l'Etat dans les rapports économiques internationaux. A l'époque du libéralisme, les très larges immunités reconnues aux Etats correspondaient plus ou moins à leur participation réduite à ces rapports ; elles ont perdu en grande partie leur raison d'être et leur justification à

mesure que cette participation s'est élargie et que, sortant de la sphère de l'activité souveraine, les Etats se sont progressivement engagés dans des relations que leur nature intrinsèque soumet au droit privé et aux principes ordinaires de la compétence. Tel est, selon moi, le sens général d'une évolution commencée en Belgique et en Italie notamment depuis le siècle dernier et qui n'a cessé de s'affirmer davantage un peu partout, surtout depuis la fin de la première guerre mondiale.

Ainsi posé, le problème dépend largement de l'idée que l'on se forme d'une situation de fait, à savoir la disposition présente des Etats à tenir compte de l'extension de leurs activités économiques pour se soumettre, dans une mesure correspondante, au contrôle des tribunaux du pays où se déploient ces activités. Cette disposition peut d'ailleurs varier selon les formes que revêt l'intervention des tribunaux. Ainsi s'explique-t-on que la jurisprudence, actuellement favorable à de larges restrictions à l'immunité de juridiction, reste très réservée envers l'immunité d'exécution forcée. Il n'est pas douteux, en effet, que les susceptibilités des Etats ne soient restées plus vives dans l'ordre de l'exécution que dans l'ordre de la décision.

II. *Le choix du critère*

Je voudrais voir préciser davantage le sens que le rapport préliminaire attache à l'expression « *gestion patrimoniale* ». En quoi ce critère se distingue-t-il exactement de celui qui se dégage de la distinction, admise depuis longtemps par les tribunaux belges, entre les actes accomplis *jure imperii* et ceux accomplis *jure gestionis* ?

Par les termes « gestion patrimoniale » entend-on caractériser une activité qui revêt à la fois une certaine ampleur et une certaine continuité, comme par exemple le fait d'être engagé dans une entreprise industrielle ou commerciale, par opposition à des actes ou à des contrats isolés ? Distinction

indiquée dans le projet de Convention de la *Harvard Research* et que soulignait, dans ses observations sur le rapport de 1938, notre Confrère Erich Kaufmann ?

De toute façon, la portée précise du critère proposé me paraît devoir être dégagée, car il s'agit ici, bien évidemment, du problème central de notre matière.

Tout en admettant que tous les actes de l'Etat ont nécessairement une *fin* et un *but* politiques, il n'est pas douteux que certains de ces actes par leur nature relèvent de la puissance publique, tandis que d'autres, toujours par leur nature, sont en tout semblables à ceux qu'accomplissent des particuliers. Mais peut-être est-il plus aisé de caractériser les premiers que de chercher à embrasser dans une formule générale la diversité et la complexité des autres. Ceci s'accorderait, tout au moins pour l'immunité de juridiction, avec le critère négatif adopté par l'arrêt de la Chambre des Requêtes (5 février 1946) que vous citez à la page 8 du nouveau rapport préliminaire.

III. *La distinction entre l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution forcée*

En dépit d'une argumentation logique qui, je le crains, n'envisage qu'un aspect du problème, je suis enclin à penser, pour la raison énoncée ci-dessus, que dans l'état actuel des rapports internationaux, les tribunaux sont encore justifiés à maintenir une distinction entre l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution forcée.

Je vous signale cependant, en sens contraire, un jugement récent du Tribunal de première instance de Bruxelles qui a eu un grand retentissement : *Société Commerciale de Belgique contre Etat Hellénique et Banque de Grèce* (30 avril 1951).

Ch. De Visscher

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

(Deuxième Commission)

Rapport et projet de Résolutions définitifs [1]

présentés par

M. Charles Rousseau

A.

Rapport définitif

Introduction

A la suite de l'envoi de l'exposé préliminaire et du questionnaire aux 10 membres de la 2me Commission [2], le rapporteur a reçu 10 réponses, celles de MM. Basdevant, Brierly, Hambro, Kaeckenbeeck, Krylov, Podestá Costa, Henri Rolin, Verdross [3],

[1] Voir le rapport provisoire dans l'*Annuaire de l'Institut de Droit international*, 43e vol., Session de Bath, 1950, I, p. 5-41.

[2] Cette Commission est ainsi constituée : Rapporteur : M. Rousseau. Membres : MM. Basdevant, Brierly, Hambro, Kaeckenbeeck, Krylov, Liang, López Oliván, de Luna, Podestá Costa, Sibert, Ch. De Visscher et Wehberg.

[3] MM. Henri Rolin et Alfred Verdross ne font pas partie de la 2me Commission. Le rapporteur leur est particulièrement reconnaissant d'avoir bien voulu envoyer des observations fort intéressantes.

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 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.

Quoi qu'il en soit, et dès l'introduction de ce rapport, il convient de rappeler que celui-ci ne vise aucunement à proposer une interprétation doctrinale de l'article 2, § 7 de la Charte des Nations Unies. Son objet est à la fois plus large et plus étroit : plus large, dans la mesure où il tend, à propos de la disposition précitée, à examiner le problème général du domaine réservé à la compétence étatique ; plus étroit, en ce que la tâche du rapporteur est uniquement d'envisager la « détermination » de ce domaine réservé, sans se préoccuper d'en définir le régime juridique, notamment en ce qui concerne les pouvoirs éventuellement dévolus dans cette hypothèse au Conseil de Sécurité (distinction de l'intervention et de l'enquête-examen).

I.

Origine de l'article 2, § 7 de la Charte des Nations Unies. Comparaison avec l'article 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, article 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'article 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 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

[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.

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 internationaux 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

[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'article 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.

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 [1], 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 [2] inclinerait plutôt à penser le contraire.

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* (« matters which are essentially within the domestic jurisdiction ») à celle de *compétence exclusive* (« a matter which by international law is solely within the domestic jurisdiction »).

Il convient d'ailleurs d'observer qu'il n'y a pas une correspondance rigoureuse entre le texte français et le texte anglais. Ce dernier — identique à un adverbe près en 1945 et en 1919 (substitution d'« essentially » à « solely ») — a été en effet traduit dans le Pacte par l'expression « question que le droit international laisse à la compétence exclusive de l'Etat » et dans la Charte par la formule « affaires qui relèvent essentiel-

---

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

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

lement de la compétence nationale d'un Etat ». Aucune raison n'a été donnée de ces variations terminologiques, qui ne sont cependant pas dépourvues d'importance. Sans doute, envisagé en lui-même, le fait que « matters » ait été traduit en 1919 par « questions » et en 1945 par « affaires », ou que l'équivalent de « domestic jurisdiction » ait été en 1919 « compétence de l'Etat » et en 1945 « compétence nationale » peut paraître négligeable. On peut néanmoins regretter qu'au problème déjà délicat de l'interprétation d'une disposition jusqu'alors sans précédent dans le droit conventionnel soit venu s'ajouter un problème d'adaptation ou d'harmonisation de textes bilingues, qui entraîne de toute manière une complication supplémentaire : car si, en 1945 comme en 1919, il s'agit toujours, dans la version anglaise, de « domestic jurisdiction », le texte français a tour à tour employé les mots de « compétence exclusive » et de « compétence nationale », qui expriment deux idées différentes, une compétence d'Etat pouvant être « nationale » sans être nécessairement « exclusive ».

Il résulte du texte de 1945 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 (article 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 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 [2].

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'article 15, § 8 du Pacte et l'article 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'article 2, § 7 a une portée générale, alors que l'article 15, § 8 n'avait qu'une portée limitée.

---

[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.

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

II.

Application de l'article 2, §7 de la Charte

Jusqu'ici, l'article 2, § 7, soit explicitement, soit implicitement, a été invoqué dix fois devant les organes de l'O.N.U.[1].

1° *La question espagnole.* — Par lettres en date des 8 et 9 avril 1946, le Gouvernement polonais attirait l'attention du Conseil de Sécurité sur « la situation résultant de l'existence et des activités du régime du général Franco en Espagne ». Dès la première séance consacrée à l'examen du problème, le 17 avril 1946, les représentants du Royaume-Uni, des Pays-Bas et du Brésil s'opposèrent à la discussion du projet polonais en invoquant l'article 2, § 7 de la Charte. Le 29 avril 1946 le Conseil adoptait par 10 voix et 1 abstention une Résolution chargeant un Sous-Comité de 5 membres de « procéder à des études complémentaires en vue de déterminer si la situation en Espagne a conduit à un désaccord entre nations et menace la paix et la sécurité internationales ». Dans son rapport, le Sous-Comité estimait que les décisions des Nations Unies à l'égard du régime du général Franco, ainsi que la déclaration commune franco-anglo-américaine du 4 mars 1946, révélaient l'existence d'un désaccord international dont la présence suffisait à rendre

[1] 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 ; N. Teslenko, *Le domaine réservé dans la jurisprudence du Conseil de Sécurité*, thèse, Paris 1950.

l'Organisation compétente et enlevait à l'affaire son caractère réservé. Mais le 4 novembre 1946, par application de l'article 12 de la Charte, le Conseil retirait la question espagnole de la liste des affaires dont il était saisi, afin de permettre à l'Assemblée générale de la porter à son ordre du jour. Par une Résolution en date du 12 décembre 1946, adoptée par 34 voix contre 6 et 13 abstentions, celle-ci recommandait à tous les Membres des Nations Unies de rappeler de Madrid les ambassadeurs et ministres plénipotentiaires qu'ils y avaient accrédités. Elle devait ultérieurement abroger cette Résolution, le 5 novembre 1950, par 38 voix contre 10 et 12 abstentions.

2° *La deuxième affaire grecque.* — Le Conseil de Sécurité avait été saisi une première fois, le 21 janvier 1946, par la délégation soviétique, de la « situation créée en Grèce par la présence de troupes britanniques ». Mais la question avait alors été retirée de l'ordre du jour avec l'agrément du représentant de l'U.R.S.S. sans que l'article 2, § 7 fût invoqué.

L'affaire grecque fut à nouveau soumise au Conseil par le Gouvernement ukrainien, aux termes d'un télégramme en date du 24 août 1946 qui attirait l'attention du Conseil sur « la situation créée dans les Balkans par la politique du Gouvernement grec ». Plusieurs membres se demandèrent si le Conseil était en droit d'inscrire une telle communication à son ordre du jour sans s'être assuré au préalable que la question portée à son attention ressortissait à sa compétence. Cette argumentation fut notamment développée par les représentants de l'Australie et des Pays-Bas, pour qui une discussion engagée dans ces conditions pouvait constituer une « intervention » interdite par l'article 2, § 7. Mais le Conseil, passant outre à ces objections, décida, par 7 voix contre 2 et 2 abstentions, d'inscrire la communication ukrainienne à son ordre du jour. Il estima en effet — et ce point de vue devait être confirmé par sa jurisprudence ultérieure — qu'il était tenu d'inscrire

à son ordre du jour toute communication que lui adressait un Etat Membre par application de l'article 35 de la Charte, sans que cet Etat eût à présenter à l'avance des preuves à l'appui de ses allégations ou même à articuler des motifs.

Au cours de la discussion qui suivit, le représentant de l'Ukraine, invité à siéger au Conseil, s'attacha à démontrer que la situation soumise à ce dernier ne relevait pas essentiellement de la compétence nationale de la Grèce, du fait de l'intervention de certaines Puissances étrangères dans les affaires intérieures helléniques et de l'organisation du plébiscite du 1er septembre 1946, lequel constituait selon lui « un acte préparatoire d'une politique d'agression ». Ce point de vue fut appuyé par le représentant de l'U.R.S.S. La majorité du Conseil estima que les accusations portées contre le Gouvernement grec étaient dépourvues de tout fondement. Seul le représentant du Royaume-Uni critiqua l'interprétation de l'article 2, § 7 présentée par le délégué de l'Ukraine. Finalement la proposition ukrainienne fut rayée de l'ordre du jour sans que le Conseil eût pris de décision à son égard ni fixé sa position au sujet des questions juridiques soulevées au cours des débats.

3° *La troisième affaire grecque.* — Par une note en date du 3 décembre 1946, le Gouvernement hellénique, se fondant sur l'article 35, § 1 de la Charte, porta à nouveau la question grecque devant le Conseil de Sécurité. Celui-ci inscrivit la question grecque à son ordre du jour par une décision prise à l'unanimité et sans discussion, et invita à participer aux débats, sans droit de vote, la Grèce et les Etats visés dans la note hellénique (Albanie, Bulgarie et Yougoslavie). Le 19 décembre 1946, le Conseil adoptait à l'unanimité une Résolution instituant une Commission d'enquête chargée d'élucider les causes, non seulement des incidents de frontière, mais également « de la situation troublée en Grèce septentrionale ».

Interprétant largement cette Résolution, la Commission jugea que celle-ci l'habilitait à faire porter l'enquête sur la politique intérieure grecque, c'est-à-dire sur une matière relevant essentiellement de la compétence nationale de la Grèce, dès l'instant que cette matière entrait dans le cadre de son mandat. Le Gouvernement d'Athènes devait d'ailleurs protester contre une demande de la Commission tendant à ce qu'il fût sursis à l'exécution de partisans condamnés à mort par les autorités grecques. Il estima en l'espèce que cette demande de sursis constituait « une ingérence dans les affaires intérieures (de la Grèce) en opposition avec le paragraphe 7 de l'article 2 de la Charte ». Par 9 voix et 2 abstentions, le Conseil adopta, le 10 février 1947, une Résolution où il estimait que la Commission n'était pas habilitée à formuler une telle demande, à moins qu'elle n'eût des raisons de croire que le témoignage des condamnés pût l'aider dans l'accomplissement de sa tâche.

Dans ses conclusions — spécialement dans la section D intitulée « La politique intérieure de la Grèce et l'enquête menée par la Commission » — la majorité de la Commission déclara, par 8 voix contre 2 et 1 abstention, « qu'elle ne pouvait pas ne pas tenir compte de la situation intérieure troublée qui règne dans le nord de la Grèce le long de la frontière ». La Commission examina aussi l'activité de l'E.A.M. et du parti communiste, l'attitude du Gouvernement grec à l'égard des partis politiques et le régime de l'internement administratif. Elle s'abstint toutefois de présenter des propositions « quant aux questions qui relèvent de la compétence nationale des pays intéressés, car ce serait contraire aux dispositions du paragraphe 6 de l'article 2 de la Charte ».

Le 19 août 1947, après le rejet successif de deux projets de Résolution présentés par les Etats-Unis et l'U.R.S.S., le Conseil, constatant qu'il était dans l'impossibilité de prendre une

décision sur le rapport de la Commission d'enquête, retira purement et simplement la question grecque de son ordre du jour.

4° *La question indonésienne.* — A la suite de l'ouverture des hostilités entre les Pays-Bas et la République indonésienne, quatre mois après la signature de l'accord de Linggadjati du 25 mars 1947, les représentants de l'Australie et de l'Inde portèrent, le 30 juillet 1947, la question indonésienne devant le Conseil de Sécurité. Après avoir inscrit le problème à son ordre du jour, le Conseil invita l'Inde et les Pays-Bas à participer aux débats sans droit de vote et passa à l'examen au fond.

Dès l'ouverture des débats, le représentant des Pays-Bas souleva une exception d'incompétence tirée de l'article 2, § 7 de la Charte, la « puissance souveraine » étant, selon lui, « constituée par les Pays-Bas dont le gouvernement a un différend avec un de ses éléments constituants ». Pour lui, la République d'Indonésie n'était pas un Etat, mais une collectivité politique placée sous la souveraineté de la Hollande ; dans ces conditions, le différend qui l'opposait à cette dernière relevait du domaine réservé et échappait en conséquence à la compétence du Conseil. Cette thèse reçut l'appui de la Belgique, de la France et du Royaume-Uni, mais fut combattue par l'Australie, l'Inde, la Syrie et l'U.R.S.S. Refusant par 6 voix contre 5 de « réserver la question de compétence », comme le proposait la France, le Conseil adopta, le 1er août 1947, par 8 voix et 3 abstentions, un projet américain qui invitait les Parties « à mettre immédiatement fin aux hostilités » et « à régler leur différend par voie d'arbitrage ou par tout autre moyen pacifique ».

Le 12 août suivant, et sans se prononcer sur la question de savoir si la République d'Indonésie était un Etat, le Conseil invitait cette République, par 8 voix contre 3, à participer aux débats sans droit de vote.

Le 25 août il adoptait — respectivement par 7 voix et 4 abstentions, puis par 8 voix et 3 abstentions — deux Résolutions par lesquelles il offrait ses bons offices aux Parties et créait, sous le nom de Commission consulaire, un organe subsidiaire chargé de surveiller sur place l'application de la Résolution du 1er août 1947. Le problème de l'exception d'incompétence tirée de l'article 2, § 7 de la Charte avait été à nouveau soulevé à cette occasion : défendue par 3 Etats (Belgique, Brésil et France), l'exception avait été rejetée par 3 autres (Australie, Chine et Syrie). Le Conseil avait également écarté le même jour, par 7 voix contre 4, un projet de Résolution présenté par la Belgique et l'invitant à solliciter l'avis de la Cour internationale de Justice sur le point de savoir s'il était compétent pour connaître de la question dont il était saisi. Par une lettre en date du 30 août 1947, le représentant des Pays-Bas informa le Secrétaire général des Nations Unies que son gouvernement, « sans cesser de considérer que le Conseil n'a pas compétence en la matière », acceptait la Résolution du 25 août.

Les efforts de la Commission aboutirent le 17 janvier 1948 à la signature par les Pays-Bas et la République d'Indonésie de divers instruments juridiques (Convention d'armistice, principes politiques et complémentaires) connus sous le nom d'Accords du *Renville*. A la suite de la reprise des hostilités entre les deux Parties consécutive à une offensive générale des forces néerlandaises (19 décembre 1948), le Conseil adopta le 28 janvier 1949, par 8 voix et 3 abstentions, une Résolution formulant une série de « recommandations » — et non plus d'« invitations » — par lesquelles il était demandé aux Parties de constituer le Gouvernement fédéral le 15 mars 1949 au plus tard, d'organiser des élections avant le 1er octobre 1949 et de réaliser le 1er juillet 1950 au plus tard le transfert aux Etats-Unis d'Indonésie de la souveraineté exercée par les Pays-Bas.

Ce transfert devait intervenir le 30 décembre 1949. Cette extension de compétence du Conseil de Sécurité se réalisa sans qu'ici encore le Conseil se fût prononcé sur l'exception d'incompétence tirée de l'article 2, § 7 de la Charte.

5° *La question du Cachemire.* — Par une lettre du 1er janvier 1948, le Gouvernement de l'Inde décidait de porter devant le Conseil de Sécurité le différend qui l'opposait au Pakistan à la suite des troubles survenus dans le Cachemire. Après avoir inscrit sans discussion cette communication à son ordre du jour, le Conseil invita les deux Parties à participer sans droit de vote à ses débats. Après audition des représentants des deux Parties — qui s'accordaient pour demander que la population du Cachemire se prononçât sur le rattachement de cet Etat par voie de plébiscite organisé sous les auspices du Conseil de Sécurité, sauf à différer d'avis sur l'étendue des pouvoirs exercés en l'espèce par ce dernier — le Conseil adopta, le 20 janvier 1948, par 9 voix et 2 abstentions, une Résolution chargeant une Commission de trois membres de procéder à une enquête sur les faits et d'exercer une « influence médiatrice ». Le 21 avril suivant, constatant l'échec de sa tentative de règlement amiable, le Conseil adoptait une nouvelle Résolution contenant une série de recommandations adressées à l'Inde et portant sur l'organisation du plébiscite — matière que la Société des Nations avait rangée en 1920 dans le domaine réservé à la compétence exclusive de l'Etat (rapport de la Commission des juristes dans l'affaire des îles d'Aland). Aucune argumentation de cette nature ne fut présentée devant le Conseil de Sécurité.

6° *La question tchécoslovaque.* — Par une note en date du 12 mars 1948, le Gouvernement du Chili, se prévalant de l'article 35, § 1 de la Charte, saisissait le Conseil de Sécurité des accusations portées l'avant-veille contre le Gouvernement soviétique par M. Papanek, qui avait jusqu'alors représenté la

Tchécoslovaquie à l'O.N.U. et qui qualifiait la pression exercée par l'U.R.S.S. à Prague de menace contre la paix et de violation de l'article 2, § 7 de la Charte.

Dès l'ouverture de la première séance consacrée à cette affaire, le 17 mars 1948, le représentant de l'U.R.S.S., appuyé par le représentant de l'Ukraine, s'opposa à l'inscription de la note chilienne à l'ordre du jour, motif pris de ce qu'elle traitait de questions relevant essentiellement de la compétence nationale de la Tchécoslovaquie au sens de l'article 2, § 7 de la Charte. Mais, fidèle à sa jurisprudence antérieure, le Conseil passa outre à ces objections et décida par 9 voix contre 2 d'inscrire la note chilienne à son ordre du jour.

Invité à participer aux débats, le représentant du Chili demanda l'ouverture d'une enquête sur les accusations portées contre l'Union soviétique — demande qui se heurta à l'opposition des représentants des gouvernements soviétique et ukrainien, ceux-ci alléguant que les conditions auxquelles l'article 34 de la Charte subordonne l'ouverture d'une enquête n'étaient pas réunies en l'espèce. Au cours de la discussion, le représentant des Etats-Unis, invoquant l'article 2, § 7, déclara qu'à son sens l'interdiction édictée par ce texte (prohibition de l'intervention dans les affaires intérieures) s'appliquait non seulement à l'O.N.U., mais également aux Etats Membres individuellement considérés : de telle sorte que si un Etat contrevenant à ce texte intervenait dans une situation relevant essentiellement de la compétence nationale d'un autre Etat, son action ressortait à la compétence internationale. Mais le Conseil n'eut pas l'occasion de discuter le problème au fond, le double veto opposé le 24 mai 1948 par le représentant de l'U.R.S.S. ayant entraîné automatiquement le rejet du projet chilien, lequel avait recueilli 9 voix contre 1 et 1 abstention. Une fois de plus un problème disparaissait de l'ordre du jour du Conseil de Sécurité sans que celui-ci eût été en

mesure de se prononcer sur les thèses juridiques mises en avant au cours des débats.

7° *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 2 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 arrogé 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.

8° *Respect des droits de l'homme.* — 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.

9° *Guerre de Corée.* — Au cours de son intervention du 3 août 1950 devant le Conseil de Sécurité, le représentant de l'U.R.S.S. a soutenu que la Charte des Nations Unies interdisait « l'immixtion des Nations Unies dans les affaires intérieures d'un Etat quelconque lorsqu'il s'agit d'un conflit intérieur mettant aux prises deux groupes d'un même Etat, d'un même peuple » et que « telle [était] l'essence de la question de Corée ». La guerre entre les Coréens du nord et les Coréens du sud était selon lui « une guerre civile qui ne tombe pas sous la définition de l'agresseur, car cette guerre se déroule non pas entre deux Etats, mais entre deux fractions du peuple coréen, temporairement scindé en deux camps politiques ».

Cette argumentation fut réfutée par le représentant du Royaume-Uni, lequel contesta la qualification de guerre civile appliquée au conflit coréen et observa qu'aux termes même de l'article 2, § 7 le principe énoncé par cette disposition ne portait en rien atteinte à l'application des mesures coercitives prévues dans le chapitre VII de la Charte.

10° *Problème de l'énergie atomique.* — Mais les fonctions du Conseil de Sécurité ne se bornent pas au règlement pacifique des différends et au maintien de la paix (chapitres VI et VII de la Charte). L'article 26 de la Charte lui attribue compétence pour élaborer des plans de réglementation des armements. L'Assemblée a également compétence, en vertu de l'article 11, pour adresser dans ce domaine des recommandations au Conseil de Sécurité et aux Membres des Nations Unies.

Lors des débats qui se sont déroulés en 1948 devant le Conseil de Sécurité au sujet des travaux de la Commission de

l'énergie atomique (créée par la Résolution de l'Assemblée du 24 janvier 1946), le représentant de l'U.R.S.S. a critiqué les propositions tendant à instituer un contrôle international « illimité » de la production de l'énergie atomique comme risquant d'amener l'organe de contrôle « à s'ingérer dans les affaires et la vie intérieures des Etats et à prendre des mesures arbitraires pour résoudre des problèmes qui relèvent exclusivement de la compétence nationale d'un Etat ». La déclaration adoptée le 17 mai 1948 par la Commission de l'énergie atomique relève d'ailleurs l'allégation du Gouvernement soviétique, selon laquelle le plan étudié par la Commission comportait « une ingérence injustifiée dans le domaine de la souveraineté nationale ».

Le rappel de ces précédents n'est pas sans intérêt. S'il confirme en effet, au point de vue procédural, la valeur de la règle « enquêter n'est pas intervenir » — qui paraît bien traduire la pratique constante du Conseil de Sécurité —, il comporte une autre signification, dont la gravité n'a pas à être soulignée. C'est que le Conseil s'est toujours refusé à « déterminer » le contenu du domaine réservé à la compétence nationale par l'article 2, § 7, soit en évitant d'exercer ses pouvoirs propres de décision, soit en s'abstenant d'adresser à cet effet une demande d'avis consultatif à la Cour internationale de Justice. Le recul du « juridique » en ce domaine est désormais un fait d'évidence.

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'article 2, § 7 de la Charte. Un point de vue analogue a été exposé par M. Hambro.

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 convient toutefois, avec M. Henri Rolin, de préciser que « le domaine réservé est non pas juridiquement indéterminable à un moment donné, ce qui écarterait dangereusement la possibilité pour une juridiction internationale de se prononcer à cet égard, mais bien qu'il est indéterminable *in abstracto* parce que sujet à évolution constante ».

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 technique 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 la plupart des 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 Linggadjati du 25 mars 1947 dans le litige entre les Pays-Bas et l'Indonésie, articles 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.

(Septembre 1951.)

B.

Projet définitif de Résolutions

L'Institut de Droit international,

Considérant que la reconnaissance par l'article 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 :

Article 1

L'expression « affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats » désigne l'ensemble des questions relevant de la compétence d'un Etat déterminé dont la décision ne peut être contrôlée ou discutée par des Etats tiers ou par des organes juridictionnels ou autres de la communauté internationale.

Article 2

Le domaine réservé à la compétence nationale des Etats est déterminé par le droit international et le développement des relations internationales. Il présente un caractère évolutif et n'est pas susceptible de définition générale et abstraite.

Article 3

L'acceptation par un Etat d'un engagement international dans une matière relevant de sa compétence réservée fait nécessairement sortir de cette compétence toute question se rapportant à l'interprétation ou à l'application dudit engagement.

Article 4

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.

Article 5

Une contestation sur le point de savoir si une question relève ou non essentiellement de la compétence d'un Etat déterminé ne peut empêcher l'exercice d'une procédure de consultation, d'information, de conciliation ou de médiation.

Article 6

La constatation qu'une affaire relève de la compétence nationale d'un Etat ne peut empêcher l'application par l'Organisation des Nations Unies des mesures de contrainte visant au maintien ou au rétablissement de la paix.

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.

ANNEXE

Observations des membres de la Commission et de MM. Henri Rolin et Alfred Verdross au Questionnaire et au rapport provisoire de M. Ch. Rousseau [1]

1. Observations de M. Edvard Hambro

La Haye, le 26 février 1951.

Cher et honoré Confrère et Ami,

Sur la demande de notre Secrétaire général, je viens vous faire connaître mon sentiment sur votre rapport provisoire au sujet de la détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats.

A ce sujet, je me demande si vous n'avez pas accordé un peu trop de place aux considérations qui portent sur le Pacte de la Société des Nations et la Charte des Nations Unies, alors que le problème me paraît d'ordre plus général ; le « domaine exclusif des Etats » est un principe général de droit international, tandis que le Pacte et la Charte ne contiennent que des règles de droit conventionnel plus ou moins général. Pour cette raison, je ne voudrais pas entrer dans un débat sur l'interprétation de la Charte.

En ce qui est votre projet de Résolution, je suis heureux de pouvoir vous dire que je suis entièrement d'accord avec vous.

[1] Voir le rapport provisoire, le projet de Résolutions et le questionnaire de M. Ch. Rousseau et les observations de MM. Jules Basdevant, J. L. Brierly, Georges Kaeckenbeeck, S. Krylov, Charles De Visscher et Hans Wehberg dans l'*Annuaire de l'Institut de Droit international*, 43e vol., Session de Bath, 1950, I, p. 5-41.

Pour compléter ma pensée et pour fixer sur papier ma manière de voir quant au problème actuellement à l'étude, je crois bien faire en joignant à ma lettre des réponses à votre questionnaire préliminaire.

Veuillez agréer, cher et honoré Confrère et Ami, les assurances de ma haute considération et de mes sentiments dévoués.

E. Hambro

Annexe de la lettre de M. Edvard Hambro

1. Comme les autres membres de la Commission, je trouve 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.

Je désire signaler ici le point de vue qui a été adopté par le comité constitué par le Gouvernement norvégien pour étudier le projet de Dumbarton Oaks.

> « Le paragraphe 7 de la même section stipule qu'aucune des dispositions concernant le règlement pacifique des différends ne s'appliquera aux situations ou différends nés de questions que le droit international laisse à la compétence nationale exclusive de l'Etat intéressé. Le présent Comité estime qu'un certain nombre de questions qui sont actuellement de la compétence nationale des Etats devraient à l'avenir être réglementées au moyen de conventions et d'accords de sorte qu'elles deviendraient des questions de droit international. Les différends concernant ces questions devraient par suite être soumis à la compétence de l'Organisation. En outre nous estimons que l'un des problèmes les plus importants pour l'avenir est d'établir une procédure satisfaisante pour le règlement des différends concernant la révision des conditions et droits internationaux. Aucune organisation ne peut assurer une paix durable et une justice sûre si elle ne possède un système permettant de résoudre les conflits de cette nature [1]. »

[1] *Documents de la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, San-Francisco, 1945. Vol. IV, p. 506.

Comme on le voit, cette remarque s'applique aussi à votre question n° 2.

Le Gouvernement norvégien proposa aussi la suppression de cette stipulation pour les motifs suivants :

> « Puisque la procédure instituée par le Conseil de Sécurité est une procédure de règlement pacifique des différends, la partie de la juridiction intérieure de qui l'affaire relève conservera toujours le droit de se prévaloir de ce fait. Il en résulte que le texte original du projet n'apporte en réalité aucune protection supplémentaire. Par contre, il n'y a pas lieu d'empêcher le Conseil de Sécurité de recommander telle procédure ou telle méthode pour l'unique raison que l'affaire en cause dans le conflit ou la situation en cause relève de la juridiction intérieure d'une partie [1]. »

2. J'estime qu'il sera tout à fait impossible de définir à l'avance le contenu de ce domaine réservé. Je trouve aussi que toute tentative en vue d'établir une liste de ce genre constituera un danger pour le développement du droit international. Le domaine réservé est essentiellement une notion relative et l'effet de chaque développement du droit international et de la collaboration internationale est de restreindre le domaine exclusif. Pour cette raison, une liste établie à l'avance ne saurait avoir pour conséquence que de retarder l'acheminement vers une extension du domaine du droit international et une diminution du domaine réservé.

3. L'existence d'un engagement d'ordre international, dans une matière réservée, ne suffit pas en lui-même pour soustraire entièrement cette matière à la compétence de l'Etat. Comme vous le dites vous-même, le résultat sera plutôt de lier le pouvoir de l'Etat dans ce domaine. Un problème, qui appartenait auparavant au domaine réservé à la compétence exclusive d'un Etat, sera divisé en deux dans l'avenir. Une partie demeurera

[1] *Ibid.*, p. 517.

dans ce domaine et une autre partie en sortira pour entrer dans celui du droit international public. Ou bien — ce qui revient au même — l'on peut dire que la compétence de l'Etat serait liée par une nouvelle règle du droit international.

En tout état de cause, le domaine réservé aux Etats sera diminué et l'étendue du droit international sera élargie par tous les traités internationaux.

4. Il n'y a pas de 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. Il faut avouer qu'une tendance assez forte s'est manifestée pendant la Conférence de San-Francisco, à changer la règle de la Société des Nations. Il me paraît pourtant que ces idées n'ont pas été exprimées dans la Charte en termes assez clairs pour avoir modifié essentiellement notre problème. Je n'ai aucune raison pour revenir sur le point de vue déjà exprimé par mon ami *M. Goodrich* et moi-même dans la deuxième édition de notre commentaire sur la Charte.

D'autre part, je désire souligner que l'article 2, § 7 de cet instrument forme seulement une partie — partie importante, bien entendu — d'un problème plus général. Et la notion du domaine réservé n'a pas été — me semble-t-il — changée par la Charte.

5. J'estime regrettable la tendance de réserver pour chaque Etat la compétence de décider unilatéralement et en dernière instance si un problème relève de la compétence exclusive. Cette tendance est rétrograde et doit être combattue. Elle me paraît contraire à la lettre et à l'esprit de l'article 36, dernier paragraphe, du Statut de la Cour internationale de Justice.

D'autre part, il ne faut pas oublier que l'Etat dont il s'agit aurait pu refuser de signer une déclaration quelconque et aurait pu soutenir que, pour cette raison, la déclaration doit être interprétée de la manière la plus stricte. Dans ces condi-

tions, il est difficile d'entrevoir qu'une réserve énoncée dans la forme précitée puisse être écartée d'entrée de cause, comme irrecevable.

6. Il me semble que chaque conflit relevant du droit international devrait, si possible, être tranché par une juridiction internationale.

2. Observations de M. Luis A. Podestá Costa

Buenos-Aires, le 19 mars 1951.

Cher et très honoré Confrère,

Votre rapport provisoire et projet de Résolutions sur la détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats, rédigé pour l'Institut de Droit international, est arrivé ici le 4 mars, alors que j'étais absent en vacances. C'est pourquoi je vous écris avec quelque retard. J'espère que vous m'en excuserez.

J'ai lu avec le plus vif intérêt les deux documents, et je suis heureux de vous exprimer mon accord à ce sujet d'une façon générale.

J'estime aussi qu'il n'est pas possible d'aller plus loin dans une définition synthétique que celle que vous proposez dans l'article 1er. Il faut laisser à la pratique internationale la tâche de signaler les questions qui relèvent de la compétence nationale de l'Etat. L'article 4 du projet se prononce dans ce sens.

S'il en est ainsi, il serait préférable de supprimer la première phrase de l'article 3. La C.P.J.I. déclara, en 1923, que dans l'état actuel du droit international les questions de nationalité sont, en principe, comprises dans le domaine réservé de l'Etat. Voici un point qui est acquis. On a commencé à préciser par la voie de la justice internationale le contenu du domaine

réservé de l'Etat. Il me semble que la rédaction actuelle, en exprimant que ce domaine « est juridiquement indéterminé et juridiquement indéterminable » se heurte avec celle de l'article 5, qui suppose une décision par la voie internationale, et oublie les faits, c'est-à-dire l'avis susmentionné de la Cour.

Plus encore, il y a d'autres activités spécifiques reconnues par la coutume internationale comme étant du domaine réservé de l'Etat. C'est sans doute le cas de l'immigration, du cabotage, de la pêche côtière et de la navigation des fleuves nationaux ; on pourrait ajouter la reconnaissance d'un nouvel Etat ou d'un gouvernement *de facto* et finalement les droits des étrangers tout en tenant compte des droits de la personne humaine.

Je crois qu'il serait utile de signaler ces faits dans le rapport et même d'introduire dans le projet une clause ou au moins un vœu s'y référant. L'Institut de Droit international n'est pas un tribunal de justice qui doive appliquer seulement le droit existant ; il n'est non plus un corps législatif appelé à rédiger un texte légal, une règle de droit positif. Une des fonctions plus nobles de l'Institut a été celle de dégager le droit, de le découvrir et le mettre en lumière. La Cour a ouvert une fenêtre, si petite soit-elle encore ; s'il nous est possible, ouvrons-en d'autres pour nous éclairer mieux.

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

L. A. Podestá Costa

3. Observations de M. Henri Rolin

Bruxelles, le 15 mai 1951.

Bien que ne faisant pas partie de la 2me Commission de l'Institut, je défère volontiers au vœu exprimé par M. le rap-

porteur, en confirmant et précisant dans la présente note les observations que j'ai déjà présentées verbalement lors de la réunion de la Commission, en septembre dernier à Bath.

A mon avis, l'évolution de la pratique internationale et du droit des gens au cours des trente dernières années nous impose de modifier, plus profondément que ne le propose M. le rapporteur, la définition du domaine réservé contenue dans les Résolutions adoptées par l'Institut en 1932.

A première vue déjà il ne paraît guère admissible de considérer comme domaine réservé tout ce qui échappe « aux décisions obligatoires d'un organe *juridictionnel* international ». Car une décision d'un organe juridictionnel ne peut intervenir qu'à l'égard des Etats lui ayant formellement attribué compétence à cet effet, en sorte qu'à défaut de pareille attribution de la part d'un Etat, toutes les affaires relèveraient essentiellement de sa compétence nationale.

Je pense qu'à vrai dire ce n'est pas là ce que l'Institut a eu en vue et qu'il a entendu bien plutôt faire sienne la conception de M. Politis suivant lequel le domaine réservé comprend les questions qui ne sont pas encore réglées par le droit international (voir POLITIS : « Le Problème des Limitations de la Souveraineté ». *Académie de Droit International. Recueil des Cours*, 1925 I, vol. 6, p. 47).

Mais cette conception elle-même m'a paru, à l'examen, inconciliable avec ce fait essentiel qu'il existe des matières échappant pour l'instant à toute réglementation internationale et qui, pourtant, font couramment l'objet de contestations, de négociations et de discussions au sein des organes internationaux.

Pour nous en tenir au Pacte de la Société des Nations, si l'on devait donner au domaine réservé l'interprétation admise dans le rapport, que serait-il resté de la compétence du Conseil de la Société des Nations à l'égard des Etats qui auraient,

suivant le prescrit de l'article 13, souscrit au Protocole facultatif donnant compétence à la Cour permanente de Justice internationale pour tout différend relatif à l'interprétation d'un traité à tout point de droit international, etc. ?

Et quelle portée pourrait-on donner au chapitre 31 de l'Acte Général pour le règlement des différends internationaux de 1928, organisant le règlement arbitral tout en excluant les différends portant sur les questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des Etats (article 39 de l'Acte Général) s'il fallait admettre que sont laissés à cette compétence exclusive tous les différends dans lesquels les parties se contestent un droit, différends pour lesquels est prévu le règlement judiciaire (cf. Maurice BOURQUIN : « Règles générales du Droit de la Paix », *Académie de Droit international. Recueil des Cours*, 1931 I, vol. 35, p. 151) ?

L'examen de la Charte des Nations Unies, loin d'affaiblir cette constatation, me paraît singulièrement la renforcer, où les membres s'engagent d'agir tant conjointement que séparément en coopération avec l'organisation en vue d'atteindre les buts énoncés à l'article 55, à savoir de favoriser : *a)* le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et les conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social ; *b)* la solution des problèmes internationaux dans les domaines économique et social, de la santé publique et autres problèmes connexes, et la coopération internationale dans le domaine de la culture intellectuelle et de l'éducation ; *c)* le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de races, de sexes, de langues ou de religions . . . Car ce sont là toutes questions qui échappent manifestement à la réglementation juridique internationale, alors que l'article 55 les range parmi les buts de l'O.N.U., et les soustrait donc à la compétence nationale essentielle de ses membres.

Ces considérations m'ont amené à proposer à la Commission de rédiger ses conclusions sous la forme suivante :

Article 1

L'expression « affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats » (domaine réservé) désigne l'ensemble des questions relevant de la compétence d'un Etat déterminé, dont la décision ne peut être contrôlée ou discutée par des Etats tiers ou par des organes juridictionnels ou autres de la communauté internationale.

Dans ce texte, je me suis efforcé, à l'exemple du rapporteur, de définir le domaine réservé non par son contenu, mais par ses effets. Quant à ces derniers, je serais d'avis de nous montrer plus stricts que ne le propose le rapporteur, lequel paraît écarter seulement les décisions obligatoires d'organes internationaux. Je n'oublie pas que notre collègue, M. Wehberg, avait de son côté, dans son étude parue dans l'*Archiv des Völkerrechts*, en 1950, marqué ses préférences en ce sens en développant l'idée que « l'intervention » des organes des Nations Unies dans le domaine réservé visait nécessairement l'acte d'autorité à l'exclusion de toute action conciliatrice ou médiatrice.

Mais je pense que c'est là solliciter le texte : il s'agit en l'espèce de l'extension à l'organisation internationale d'un principe déjà en vigueur dans les relations interétatiques. Or, il ne paraît pas douteux que, dans les matières purement domestiques, les Etats s'estiment en droit non seulement de repousser toute intervention étrangère ayant un caractère d'autorité, mais encore toute prétention d'Etats tiers à les interroger à ce sujet ou à leur présenter des observations ou des conseils.

Dès lors, un Etat doit pouvoir s'opposer de même en pareille matière à la simple prise en considération de requêtes qui seraient adressées à des organes internationaux par des Etats tiers ou de propositions dont des experts ou fonctionnaires de l'organisation prendraient l'initiative.

Article 2

Le domaine de la compétence réservée des Etats est déterminé par le droit international. Il évolue suivant le développement des relations internationales et n'est pas susceptible de définition abstraite.

Cet article reprend l'idée exprimée dans l'article 3 du projet. Sans doute est-il conforme à l'esprit de la proposition ancienne de préciser que le domaine réservé est non pas juridiquement indéterminable à un moment donné, ce qui écarterait dangereusement la possibilité pour une juridiction internationale de se prononcer à cet égard, mais bien qu'il est indéterminable *in abstracto* parce que sujet à évolution constante.

Nous avons cru utile, d'autre part, d'indiquer que si l'évolution du domaine réservé dépendait du développement du droit international, c'était essentiellement à raison des modifications se produisant dans les relations internationales, ainsi que déjà l'avait constaté la Cour permanente de Justice internationale dans son fameux avis n° 4.

Article 3

L'acceptation par un Etat d'un engagement international dans une matière relevant en général de sa compétence réservée fait nécessairement sortir de cette compétence réservée toute question se rapportant à l'interprétation ou à l'application dudit engagement.

Article 4

Echappent également au domaine réservé d'un Etat les questions qui sans se rapporter à des règles de droit conventionnelles ou non (compétence liée) touchent aux intérêts matériels ou moraux d'Etats tiers ou de la communauté internationale.

Ces articles ont pour objet d'indiquer avec précision les deux catégories de questions qui échappent au domaine réservé et relèvent de l'action internationale, soit étatique, soit collective : d'une part les questions dont la solution peut être fournie par le droit international, d'autre part celles où en l'absence du droit international il y a du moins reconnaissance de l'intérêt d'Etats tiers ou de la communauté.

Je relève, dans un cours donné à La Haye en 1949, que M. le professeur Preuss a, de ce côté, proposé de considérer comme échappant au domaine réservé « les affaires ayant des répercussions internationales ». C'est là à mon avis aller trop loin, car ce serait en un certain sens permettre à un Etat tiers de porter n'importe quelle question devant une autorité internationale, puisque du seul fait de son initiative, il pourrait invoquer l'existence d'une répercussion . . . Mais si un Etat a lui-même reconnu antérieurement par sa souscription à un accord collectif, telle la Charte des Nations Unies, l'intérêt de la communauté à la solution de certaines questions, ou bien s'il a, à leur sujet, négocié avec de nombreux Etats tiers des accords reconnaissant ainsi implicitement l'intérêt qu'ils pouvaient avoir à leur règlement, il ne pourra plus soutenir que c'est là une question qui relève essentiellement de sa compétence nationale.

Article 5

Le point de savoir si une question relève ou non essentiellement de la compétence nationale d'un Etat déterminé ne peut être tranché unilatéralement par cet Etat.

Notre texte reprend sensiblement celui déjà proposé par notre rapporteur.

Article 6

Une contestation sur le point de savoir si une question relève ou non essentiellement de la compétence d'un Etat déterminé ne peut empêcher l'exercice d'une procédure d'information, de conciliation ou de médiation.

Ainsi que nous l'avons indiqué plus haut à propos de l'article premier, il nous paraît excessif de considérer qu'une action conciliatrice ou médiatrice doit être réputée possible même au cas où il est *reconnu* qu'une question relève essentiellement de la compétence nationale.

Mais tout autre est le cas où un Etat soutenant que la question soulevée relève de sa compétence nationale l'organe international saisi n'est pas de cet avis. En pareille hypothèse il nous paraît que l'Etat intéressé, dont l'opinion, comme il a été dit à l'article 5, ne saurait à elle seule prévaloir, n'a d'autre possibilité en cas de désaccord avec l'organe saisi, que de recourir à une procédure arbitrale ou judiciaire ou de requérir la consultation de la Cour. A défaut de quoi, il est raisonnable d'admettre que tout au moins l'action d'information, de conciliation ou de médiation de l'organe saisi pourra être continuée.

Article 7

La constatation qu'une affaire relève de la compétence réservée d'un Etat ne peut empêcher l'application par l'organisation des Nations Unies des mesures de contrainte visant au maintien ou au rétablissement de la paix.

Ce n'est là, ramenée à ses véritables proportions, que la reproduction de la réserve figurant à l'article 2, § 7 de la Charte des Nations Unies. *Henri Rolin*

4. Observations de M. Alfred Verdross

Bath, le 7 septembre 1950.

Cher et honoré Confrère,

Etant donné que dans la discussion de votre Commission il ne m'a pas été possible de présenter mes observations, je me permets de faire par écrit quelques remarques sur le problème fondamental de votre excellent rapport, à savoir sur la question de savoir ce que signifie la phrase « affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats ».

Une telle analyse préliminaire me paraît indispensable, car une doctrine, défendue par des auteurs éminents, nie l'existence d'une telle catégorie juridique. Ainsi M. Kelsen surtout a à diverses reprises défendu la thèse que le droit international *peut* régler *toute* affaire et que, par conséquent, des affaires laissées *exclusivement* ou *essentiellement* à la compétence des Etats n'existent point. D'après cette doctrine, on peut seulement distinguer entre des affaires déjà réglées par le droit international et celles qui, n'étant pas encore réglées par le droit international, sont laissées à la réglementation nationale. Mais aussi ces affaires peuvent à chaque moment être transformées en affaires internationales par le simple fait que le droit international (conventionnel ou coutumier) développe des nouvelles normes régissant aussi ces affaires. En d'autres termes : il est impossible — d'après cette doctrine — de reconnaître des affaires laissées à la compétence exclusive ou *essentielle* des Etats, car aucune affaire n'est soustraite essentiellement à une réglementation internationale.

En effet, on ne peut pas nier que même les affaires qui *normalement* sont laissées à la compétence nationale peuvent être transformées par un traité collectif ou bilatéral en affaires internationales. Ainsi, par exemple, même la forme d'un Etat

ou sa constitution peut devenir l'objet d'un traité international, bien que normalement ces affaires sont laissées à la compétence nationale.

D'autre part, la doctrine susindiquée me semble méconnaître que le droit international ne pourrait jamais embrasser *toutes* les affaires, car le droit international positif est créé par le concours des *Etats*. Il *suppose* donc l'existence d'Etats, à savoir d'organisations humaines *qui se gouvernent elles-mêmes*. Par conséquent, en tant que le droit international conserve son caractère, il doit laisser en principe aux Etats la réglementation de toutes les affaires qui concernent leur *autonomie*, car sans cette compétence les Etats cesseraient d'exister. Cela n'empêche pas, comme nous l'avons antérieurement dit, les Etats de conclure des traités sur des affaires laissées, en principe, à la compétence nationale. Mais ces traités seront toujours des exceptions et ne pourront jamais embrasser *toute* la sphère de l'autonomie d'un Etat, car sans elle l'Etat cesserait d'exister comme Etat indépendant.

Par conséquent, il me semble bien exact de dire que le droit international ne connaît pas, en effet, d'affaires qui sont laissées à la compétence exclusive des Etats, car, comme il a été dit, *toute* affaire peut devenir l'objet d'une réglementation internationale. D'autre part, cependant, il me semble certain qu'il existe des affaires qui, *essentiellement*, appartiennent à la compétence nationale (article 2, § 7 de la Charte).

Mais pour savoir ce que signifie cette phrase, on doit avoir une idée claire du rôle que jouent les Etats dans le droit international. Certains auteurs, il est vrai, attaquent la doctrine classique en la matière. Mais une analyse objective de la vie internationale nous démontre avec évidence que même le droit international actuel, c'est-à-dire le droit de la Charte, est fondé sur l'existence d'Etats *autonomes*. Par conséquent le droit international *doit* laisser en principe aux Etats toutes les

affaires qui se réfèrent à leur *autonomie*, car sans elle ils cesseraient d'exister.

A mon avis, il est donc bien juste de nier l'existence d'une compétence exclusive des Etats, mais on ne peut pas nier qu'il existe, d'autre part, des affaires qui relèvent *essentiellement* de la compétence nationale. Cette catégorie n'embrasse cependant que les affaires qui appartiennent à la sphère de l'*autonomie* des Etats.

Cette manière de voir me semble donner une interprétation raisonnable de la Charte (article 2, § 7), car elle soustrait à la procédure de l'O.N.U. non toutes les affaires qui ne sont pas encore réglées par le droit international, mais uniquement celles qui se réfèrent à la sphère du *self-government* des Etats.

On voit donc qu'on doit nettement distinguer entre les catégories suivantes :

1. Affaires réglées par le droit international ;
2. Affaires non encore réglées par le droit international, mais qui, d'après leur caractère, exigent un tel règlement ;
3. Affaires laissées *essentiellement* à la compétence nationale.

A cette troisième catégorie appartient surtout la réglementation de la constitution de l'Etat, de sa forme, de son organisation et de sa vie interne.

Cette catégorie cependant n'est pas non plus absolument fixe. Elle peut aussi être modifiée par le développement du droit des gens. Ainsi, par exemple, la protection de l'homme qui, dans le passé, appartenait à la compétence essentiellement nationale, est devenu par la Charte une affaire réglée en principe par le droit international en tant qu'il s'agit d'une violation des droits fondamentaux. Néanmoins cette troisième catégorie constitue une classe à part. En effet, en tant que le droit international existe, ce droit est un droit créé par le concours des *Etats* et, par conséquent, doit toujours reconnaître aux Etats une sphère de réglementation sans laquelle ils ne pourraient

pas exister comme des membres *autonomes* de la communauté internationale.

Il est donc raisonnable de ne pas soumettre ces affaires à l'appréciation d'un organe international, excepté le cas d'une règle exceptionnelle du droit des gens existant en faveur d'une telle intervention. Ainsi, par exemple, la protection des minorités est en principe laissée à la compétence nationale, mais elle peut être transformée par un traité international en une affaire internationale pour les Etats contractants et, par conséquent, être soumise aussi à un organe international.

D'autre part, toutes les autres affaires, même si elles ne sont pas encore réglées par le droit international, mais qui ne font pas partie de la troisième catégorie, ne sont pas exclues par l'article 2, § 7 de la Charte, d'une procédure de l'O.N.U., car cette disposition ne s'applique qu'aux affaires qui relèvent *essentiellement* de la compétence des Etats. Cette disposition ne s'applique donc pas aux affaires qui, *en principe,* exigent une réglementation internationale, même si une telle réglementation n'existe pas encore. Toute autre interprétation de l'article 2, § 7 conduirait à des conclusions absurdes. Car si on nie la catégorie des questions relevant essentiellement de la compétence nationale des Etats, la disposition susindiquée n'aurait aucun sens et ne pourrait donc jamais être appliquée. D'autre part, si on voulait soustraire à la procédure de la Charte toutes les affaires qui ne sont pas encore réglées par le droit international, bien qu'elles demandent, d'après leur nature, une telle réglementation, on donnerait à l'article 2, § 7 une interprétation qui dépasse en une large mesure sa vraie portée. Ainsi, d'après cette théorie, il ne serait, par exemple, pas possible de soumettre un conflit sur l'étendue d'une réparation pour un acte illicite à un organe de l'O.N.U., car, en cette matière, des règles spéciales du droit des gens n'existent pas.

De ce qui précède se dégagent les conclusions suivantes :

1. Le droit international général, comme la Charte de l'O.N.U., reconnaît des affaires qui relèvent *essentiellement* de la compétence nationale des Etats.
2. Cette compétence embrasse toutes les affaires dont la réglementation est laissée aux Etats pour pouvoir exister comme membres autonomes de la communauté internationale.
3. D'après l'article 2, § 7 de la Charte, seulement les affaires de la seconde catégorie sont en principe exclues d'une procédure de la Charte. Toutes les autres questions peuvent être soumises à un organe international, même si elles ne sont pas encore réglées par le droit international.

Veuillez croire, cher et honoré Confrère, à mes sentiments cordiaux.

A. Verdross

III. Les changements territoriaux et leurs effets sur les droits des particuliers

(Sixième Commission)

Rapport supplémentaire et projet définitif de Résolutions

présentés par

M. Alexandre Makarov

A.

Rapport supplémentaire

La session de l'Institut de Droit international tenue à Bath en septembre 1950 a fourni l'occasion à sa sixième Commission de se réunir pour délibérer du rapport et du projet de Résolutions rédigés à la suite des observations écrites présentées par les membres de la Commission sur l'exposé préliminaire et sur le rapport provisoire du rapporteur [1]. Ont participé à cette séance de la Commission tenue à Bath le 7 septembre 1950 : Badawi Pacha, MM. Guggenheim, Kaufmann, Laun, Makarov, Udina et Verzijl. La délibération orale du rapport et du projet de Résolutions a eu pour consé-

[1] Cf. le rapport provisoire dans l'*Annuaire de l'Institut de Droit international*, 43e vol., Session de Bath, 1950, tome I, p. 208 et ss.

quence l'adoption de certaines décisions qui ont entraîné des remaniements au rapport présenté à la session de Bath.

Voici les points principaux de ces décisions. La Commission a adopté le point de vue que seuls les droits patrimoniaux doivent être pris en considération dans le rapport et que le principe de la survivance de ces droits doit former la base de la Résolution à élaborer.

La Commission a pris la décision de supprimer le système des articles 6 à 8 du projet de Résolutions présenté à la session de Bath, c'est-à-dire la division des droits frappés par les changements territoriaux en droits publics, droits privés et droits mixtes. La Commission a été d'avis que le rapport doit partir de catégories plus concrètes et exposer la survivance des droits des fonctionnaires et des employés, des personnes privées et spécialement des concessionnaires.

Enfin, la Commission était d'avis qu'elle doit se borner à établir le principe de la survivance des droits patrimoniaux et à fixer à quels droits ce principe doit s'appliquer. Le problème du *traitement* ultérieur des droits qui survivent appartient déjà au problème général du traitement des droits acquis.

* * *

Les décisions que je viens d'exposer ont servi de base pour l'élaboration du rapport supplémentaire que j'ai l'honneur de présenter à l'Institut au nom de sa sixième Commission. Au moment où ce rapport supplémentaire a été rédigé, la composition de la sixième Commission était la suivante : Badawi Pacha, MM. Calonder, Castrén, Fenwick, Gidel, Guggenheim, Kaeckenbeeck, Kaufmann, Laun, Makarov, Udina, Verzijl. M. Wilson nommé membre de la Commission par le Bureau de l'Institut dans sa séance du 27 janvier 1951 est décédé le 30 avril 1951. La Commission regrette profondé-

ment de ne pas avoir pu profiter de la grande expérience et des connaissances étendues de M. Wilson.

Le rapporteur tient à exprimer ses sincères remerciements à MM. Guggenheim et Verzijl pour leurs remarques précieuses présentées au cours de l'élaboration de ce rapport supplémentaire : le rapporteur en a retiré un très grand profit.

Ce rapport supplémentaire est rédigé sous la forme d'un projet de Résolutions dont les articles sont suivis de commentaires.

Ce projet doit être précédé par une remarque d'ordre terminologique. Comme l'a exposé le rapport présenté à Bath, nous devons prendre en considération tous les changements de frontières qui sont liés aux déplacements territoriaux des ordres juridiques étatiques. Nous devons envisager non seulement les cas où un Etat conserve son existence malgré le changement territorial, mais encore ceux dans lesquels un Etat disparaît ou un nouvel Etat naît. Dans tous les cas de changements territoriaux nous allons employer pour l'Etat qui perd un territoire le terme « Etat-prédécesseur » et pour l'Etat qui acquiert un territoire — le terme « Etat-successeur ».

* * *

Le préambule

L'Institut de Droit international,
*Rappelant la Déclaration des droits internationaux de l'homme votée par l'Institut au cours de sa XXXVI*e *session à New-York (1929) ;*
Rappelant les travaux de sa Commission sur les effets juridiques des changements de souveraineté territoriale constituée à la même session ;

S'inspirant de la Déclaration adoptée par l'Institut au cours de sa XLIIe session à Lausanne sur les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du Droit international (1947) ;

Adopte les Résolutions suivantes sur les changements territoriaux et leurs effets sur les droits des particuliers.

Le préambule reproduit le texte présenté à la session de Bath sauf quelques modifications purement techniques.

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.*

Cet article reproduit le texte de l'article 1er du projet présenté à la session de Bath. Pour les motifs de cette disposition, cf. *Annuaire* déjà cité, I, p. 210 et ss.

2. *Ces règles n'ont trait qu'aux droits patrimoniaux des particuliers, que ceux-ci soient des personnes physiques ou morales, et que ces droits soient basés sur des dispositions législatives ou sur des actes administratifs de l'Etat prédécesseur.*

Cet article est basé sur les décisions prises par la Commission à Bath. Il combine les articles 2 et 3 de l'ancien projet en éliminant, conformément à ces décisions, les dispositions concernant les droits dérivant des obligations internationales des Etats participant aux changements territoriaux et les droits des personnes physiques engagées dans des personnes morales.

3. *Il est désirable que ces règles soient appliquées aussi aux droits patrimoniaux appartenant à des communes ou à d'autres subdivisions territoriales de l'Etat frappées par le changement territorial.*

Le projet présenté à Bath excluait expressément de la réglementation visée par le projet les droits des Etats et de leurs subdivisions (*Annuaire*, I, p. 214). Au cours des délibérations

à Bath quelques membres de la Commission ont été d'avis que le projet doit au moins exprimer le vœu que les droits patrimoniaux des communes soient traités de la même manière que les droits des personnes privées. Ils ont souligné que l'arrêt N° 7 de la Cour permanente de Justice internationale a émis l'opinion que la commune de Ratibor pouvait être considéré comme rentrant dans la catégorie des « ressortissants allemands » au sens de la Convention de Genève sur la Haute-Silésie (*Publ. C.P.J.I.*, Série A, N° 7, p. 73 et ss.). Ils pensaient que ce précédent pourrait être généralisé et qu'on devrait émettre au moins un vœu que les droits patrimoniaux des communes soient protégés autant que les droits des personnes privées. Etant donné que la majorité de la Commission a partagé cette opinion, le rapport supplémentaire a inclu dans son projet de Résolution l'article 3 dont le texte est reproduit ci-dessus.

4. *Les droits patrimoniaux de caractère privé des particuliers, que ce soient des droits envers des titulaires privés ou envers l'Etat, survivent aux changements territoriaux. L'Etat successeur assume les obligations respectives de l'Etat prédécesseur.*

L'article 4 proclame le principe fondamental du projet — le principe de la survivance des droits patrimoniaux de toutes les personnes frappées par les changements territoriaux. Ce principe, adopté par la Commission à Bath comme base de son rapport, se retrouve dans un nombre très considérable d'actes internationaux. Pour ne citer qu'un des textes les plus récents, nous pouvons mentionner l'article 1er, alinéa 1er de la Convention financière et économique du 2 novembre 1949 entre les Pays-Bas et les Etats-Unis de l'Indonésie (*Staatsblad*, 1949, N° J 570, p. 265) : « In respect of the recognition and restoration of the rights, concessions and licences properly

granted under the law of the Netherlands Indies (Indonesia) and still valid on the date of transfer of sovereignty, the Republic of the United States of Indonesia will adhere the basic principle of recognizing such rights, concessions and licences. »
Le principe de la survivance des droits patrimoniaux signifie que le transfert de la souveraineté territoriale d'un Etat à un autre ne peut avoir pour conséquence l'extinction des droits patrimoniaux fondés sur des dispositions de l'Etat-prédécesseur en vigueur au moment du changement territorial. C'est ce qu'exprime la Cour permanente de Justice internationale dans son avis consultatif 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 (*Publ. C.P.J.I.*, Série B, N° 6, p. 36) :

« Des droits privés, acquis conformément au droit en vigueur, ne deviennent point caducs à la suite d'un changement de souveraineté. »

5. *La survivance des droits patrimoniaux suppose leur acquisition définitive avant le changement territorial.*

La règle que nous venons de formuler a été motivée dans le rapport présenté à Bath (voir *Annuaire*, I, p. 230 et s.).

6. *Par rapport aux concessions résultant d'un acte individuel d'une autorité publique compétente les règles suivantes doivent être observées :*

a) *Les concessions octroyant certaines prérogatives de puissance publique ne lient pas l'Etat successeur ; mais si dans une telle concession les éléments de pouvoir politique et de droits patrimoniaux peuvent être séparés, les droits patrimoniaux survivent comme tels.*

b) *Les concessions octroyant l'exercice de certaines fonctions dans l'intérêt public et les droits patrimoniaux résultant de telles concessions survivent au changement territorial, sauf*

les concessions susceptibles de heurter l'ordre public de l'Etat-successeur ou ne répondant plus aux conditions économiques qui étaient décisives pour leur octroi.

c) *Si une concession susmentionnée n'est pas respectée, le concessionnaire doit recevoir un dédommagement adéquat.*

d) *Doit être considérée comme condition préalable de la survivance d'une concession son acquisition faite avant le changement territorial et en conformité du droit en vigueur au moment de son octroi.*

e) *Les concessions qui établissent des obligations « odieuses » dour l'Etat-successeur ou qui furent octroyées* mala fide *ne survivent pas au changement territorial, mais la qualification d'« odieux » ou d'« octroyé* mala fide » *doit avoir une base réelle.*

Les règles exposées ci-dessus reproduisent, sauf quelques exceptions, celles rédigées et motivées dans le rapport présenté à la session de Bath (cf. *Annuaire*, I, p. 236 et ss., 253 et s.). Les exceptions que nous venons de mentionner sont les suivantes :

Le rapport supplémentaire précise que les concessions dont il s'agit sont des concessions résultant d'un acte individuel d'une autorité publique compétente : par conséquent ce ne sont ni des concessions octroyées par des Conventions internationales ni des concessions légales d'un caractère général naissant de la simple existence de certaines conditions de fait. Les dispositions de l'alinéa b) sont rédigées d'une manière plus serrée et « l'intérêt public » qui pouvait motiver la non-reconnaissance de la concession par l'Etat-successeur conformément à l'ancienne rédaction est remplacé par « l'ordre public » qui est une notion moins imprécise que celle de l'intérêt public. L'ancien alinéa e) est devenu alinéa c). Le dédommage-

ment « équitable » dans l'ancienne rédaction de l'alinéa e) est remplacé par le dédommagement « adéquat », le dédommagement équitable ayant été considéré par quelques membres de la Commission comme ne correspondant pas au dédommagement adéquat et complet qui doit être garanti. L'ancien alinéa c) traitant des concessions qui établissent des obligations « odieuses » pour l'Etat-successeur ou qui furent octroyées *mala fide* est devenu dans la nouvelle rédaction l'alinéa e) : cet alinéa établit une exception à la règle générale contenant le principe de la survivance des concessions. On ne peut pas exiger de l'Etat-successeur le respect des concessions qui établissent des obligations pour lui « odieuses » ou qui furent octroyées *mala fide*. Mais ce que le droit international exige de l'Etat-successeur, c'est que la qualification d'« odieuse » ou d'« octroyée *mala fide* » ne soit pas appliquée à la légère : cette qualification doit avoir une base réelle.

7. *Le principe de la survivance des droits patrimoniaux acquis avant le changement territorial doit trouver application aux catégories suivantes de droits de caractère public :*

a) *aux pensions et aux autres allocations de retraite des fonctionnaires civils et des employés de l'Etat et des militaires ainsi que des membres de familles de ces personnes, pour autant que les ayants droit acquièrent la nationalité de l'Etat-successeur et n'optent pas pour la nationalité de l'Etat-prédécesseur ;*

b) *aux pensions et autres allocations de retraite conférées par les provinces et les communes à leurs fonctionnaires et employés, ainsi qu'aux membres de leurs familles ;*

c) *aux droits à des rentes provenant de toutes les catégories d'assurances sociales obligatoires ou volontaires pour autant que les réserves techniques appartenant aux Etablissements d'assurance en question soient dévolues aux institutions ayant leur siège sur le territoire passant à l'Etat-successeur.*

La survivance de ces catégories de droits de caractère public est très contestée dans la pratique internationale.

Quant aux pensions et aux autres allocations de retraite des fonctionnaires civils de l'Etat et des militaires, on admet, en règle générale, que leur survivance ne peut être reconnue que par des dispositions du droit international particulier (cf. les arrêts concernant les « dettes d'administration centrale » cités par *Guggenheim*, Lehrbuch des Völkerrechts, I, p. 436). Le projet de Résolutions généralise les dispositions de quelques Conventions qui se sont occupées de la matière. On peut citer comme exemple de la réglementation des droits aux pensions dans le cas où le changement territorial ne touche pas à l'existence des deux Etats en question le Traité entre l'Allemagne et le Danemark en vue de régler les questions soulevées par suite du transfert au Danemark de la souveraineté sur les territoires du Slesvig septentrional (du 10 avril 1922) et spécialement la 12e Convention faisant partie de ce Traité (*Martens*, N.R.G., 3e série, XV, p. 143 et ss.). D'autre part peuvent être mentionnées la Convention du 6 avril 1922 signée à Rome par l'Autriche, l'Italie, la Pologne, la Roumanie, la Yougoslavie et la Tchécoslovaquie et concernant les pensions qui étaient assignées par l'ancien Gouvernement d'Autriche (*Martens*, N.R.G., 3e série, XXVIII, p. 478 ct.) ainsi que la Convention du 30 novembre 1923 signée à Vienne, par les Etats susmentionnés et concernant le réglement de diverses catégories de pensions qui n'ont pas été réglées par la Convention de Rome (*Martens*, l.c., p. 485 et ss.). Ces deux Conventions nous offrent l'exemple d'une règlementation par des Etats-successeurs des droits aux pensions en cas de démembrement de l'Etat-prédécesseur. Comme condition nécessaire de la survivance des droits aux pensions et aux autres allocations de retraite doit être considérée l'acquisition et la possession par les ayants droit de la nationalité de

l'Etat-successeur. Cette condition est établie dans toutes les Conventions que je viens de citer (cf. les articles 1, 2, 5 et 6 de la Convention germano-danoise ; art. 1 de la Convention de Rome, art. 2 de la Convention de Vienne). Cf. aussi l'arrêt de la Cour Suprême de Danzig du 8 mai 1929 : *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, II, 2, p. 71.

Nul doute ne peut exister relativement à la condition juridique des dettes des administrations locales, c'est-à-dire des pensions et des autres allocations payées par les provinces et les communes. On admet, en règle générale, que les droits en question doivent être respectés sans qu'ils soient protégés par une Convention spéciale. Mais une reconnaissance des droits respectifs peut être trouvée aussi, par exemple, dans la Convention du 30 novembre 1923 signée à Vienne par l'Autriche, l'Italie, la Roumanie, la Yougoslavie et la Tchécoslovaquie et concernant le règlement des pensions provinciales, communales et de districts (*Martens*, N. R.G., 3e série, XXVIII, p. 494 et ss.). Ce qui doit être surtout souligné, c'est que pour les pensions que nous venons de mentionner, l'acquisition de la nationalité de l'Etat-successeur par les ayants droit ne forme pas la condition préalable de la reconnaissance des droits respectifs. Ces ayants droit peuvent éventuellement conserver la nationalité de l'Etat-prédécesseur sans que leurs revendications deviennent de ce fait caduques. La Convention susmentionnée conclue à Vienne entre l'Autriche et les Etats-successeurs de la Monarchie Austro-Hongroise prévoyait, par exemple, que les pays, districts et communes de l'ancien Empire d'Autriche qui se trouvent entièrement sur le territoire d'un des Etats contractants, respectivement les successeurs légaux desdits corps moraux, confèreront et payeront les pensions et les autres allocations à leurs fonctionnaires devenus ressortissants d'une autre Partie contrac-

tante dans le même montant qui est fixé pour les fonctionnaires pensionnés devenus ressortissants de l'Etat où sont sis les susdits corps moraux.

Quant, enfin, aux droits à des rentes résultant de toutes sortes d'assurances sociales la survivance de ces droits doit être reconnue pour autant que les réserves techniques appartenant aux Etablissements d'assurance en question passent aux institutions ayant leur siège sur le territoire de l'Etat-successeur. Les Etablissements d'assurance doivent être considérés comme liés par les obligations qu'ils ont assumées pour autant qu'ils disposent de leurs capitaux, de leurs réserves techniques dans le territoire de l'Etat-successeur ou bien pour autant que ces réserves techniques passent aux institutions ayant leur siège sur le territoire de cet Etat.

Les dispositions législatives sur les droits patrimoniaux de caractère public sont, quant à leur contenu juridico-technique, très différentes d'un pays à l'autre : notre Résolution ne peut, par conséquent, employer que des formules très générales.

8. *Les droits patrimoniaux mentionnés dans les articles précédents sont soumis après le changement territorial à l'ordre juridique de l'Etat-successeur. Les règles générales applicables à la protection des droits régulièrement acquis trouvent application aux droits patrimoniaux frappés par un changement territorial.*

Cette disposition exprime le principe de la novation des droits acquis avant le changement territorial. Ces droits reçoivent une nouvelle base juridique. Ils sont dorénavant régis par l'ordre juridique de l'Etat-successeur. La Commission était d'avis que la tâche de poser des règles concernant le traitement de ces droits après leur novation dépasse le domaine de ses travaux. Ce traitement fait partie du problème général des limites tracées par le droit international au pouvoir des

Etats de porter atteinte par dispositions législatives ou administratives aux droits acquis conformément aux règles juridiques en vigueur avant la réforme respective, pour autant qu'il s'agit des droits ayant un rattachement international, c'est-à-dire dépassant sous quelque rapport que ce soit les rattachements à la législation interne d'un seul Etat quelconque. Comme l'a souligné déjà le rapport présenté à la session de Bath (*Annuaire*, I, p. 220) le problème du traitement des droits acquis avant un changement territorial ne forme qu'une partie du problème général de l'efficacité des droits fondés sur des dispositions qui ne sont plus applicables. Ces dispositions peuvent n'être 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.

La limitation de l'objet des travaux de la Commission qui a été dépassée dans le rapport présenté à la session de Bath est maintenant basée sur une décision prise par la Commission à Bath.

9. *Pour le cas où l'Etat-prédécesseur 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 patrimoniaux 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.*

En cas d'extinction totale de l'Etat-prédécesseur, il est désirable qu'une Organisation Internationale institue un pareil tribunal accessible, lui aussi, aux particuliers.

Le premier alinéa de cet article reproduit l'article 10 du projet de Résolutions présenté à la session de Bath. Pour les motifs de cette disposition, cf. *Annuaire*, I, p. 248 et ss.

Le second alinéa a été ajouté conformément à une décision adoptée par la Commission lors de sa séance à Bath. La Commission a été d'avis qu'on doit au moins constater qu'il est désirable que les individus dont les droits patrimoniaux ont été saisis par l'ordre juridique de l'Etat-successeur en conséquence d'un changement territorial, reçoivent la possibilité de porter les contestations juridiques concernant ces droits devant un tribunal impartial. Etant donné que ce tribunal, en cas d'extinction totale de l'Etat-prédécesseur, ne peut être institué par une Convention des Etats intéressés, c'est à une Organisation Internationale que doit incomber la tâche de créer un tel tribunal accessible aux particuliers. C'est une proposition de *lege ferenda*, mais la Commission est d'avis qu'elle correspond aux tendances d'évolution moderne de l'organisation de la communauté internationale et de la protection internationale des droits de l'individu.

(Septembre 1951.)

B.

Projet définitif de Résolutions

L'Institut de Droit international,

Rappelant la Déclaration des droits internationaux de l'homme, votée par l'Institut au cours de sa XXXVIe session à New-York (1929) ;

Rappelant les travaux de sa Commission sur les effets juridiques des changements de souveraineté territoriale constituée à la même session ;

S'inspirant de la Déclaration adoptée par l'Institut au cours de sa XLIIe session à Lausanne sur les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du Droit international (1947) ;

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. Ces règles n'ont trait qu'aux droits patrimoniaux des particuliers, que ceux-ci soient des personnes physiques ou morales, et que ces droits soient basés sur des dispositions législatives ou sur des actes administratifs de l'Etat prédécesseur.

3. Il est désirable que ces règles soient appliquées aussi aux droits patrimoniaux appartenant à des communes ou à d'autres subdivisions territoriales de l'Etat frappées par le changement territorial.

4. Les droits patrimoniaux de caractère privé des particuliers, que ce soient des droits envers des titulaires privés ou envers l'Etat, survivent aux changements territoriaux. L'Etat-successeur assume les obligations respectives de l'Etat-prédécesseur.

5. La survivance des droits patrimoniaux suppose leur acquisition définitive avant le changement territorial.

6. Par rapport aux concessions résultant d'un acte individuel d'une autorité publique compétente les règles suivantes doivent être observées :

a) Les concessions octroyant certaines prérogatives de puissance publique ne lient pas l'Etat-successeur ; mais si dans une telle concession les éléments de pouvoir politique et de droits patrimoniaux peuvent être séparés, les droits patrimoniaux survivent comme tels.

b) Les concessions octroyant l'exercice de certaines fonctions dans l'intérêt public et les droits patrimoniaux résultant de telles concessions survivent au changement territorial, sauf les concessions susceptibles de heurter l'ordre public de l'Etat-successeur ou ne répondant plus aux conditions économiques qui étaient décisives pour leur octroi.

c) Si une concession susmentionnée n'est pas respectée, le concessionnaire doit recevoir un dédommagement adéquat.

d) Doit être considérée comme condition préalable de la survivance d'une concession son acquisition faite avant le changement territorial et en conformité du droit en vigueur au moment de son octroi.

e) Les concessions qui établissent des obligations « odieuses » pour l'Etat-successeur ou qui furent octroyées *mala fide* ne survivent pas au changement territorial, mais la qualification d'« odieux » ou d'« octroyé *mala fide* » doit avoir une base réelle.

7. Le principe de la survivance des droits patrimoniaux acquis avant le changement territorial doit trouver application aux catégories suivantes de droits de caractère public :

a) aux pensions et aux autres allocations de retraite des fonctionnaires civils et des employés de l'Etat et des militaires ainsi que des membres de familles de ces personnes, pour autant que les ayants droit acquièrent la nationalité de l'Etat-successeur et n'optent pas pour la nationalité de l'Etat-prédécesseur ;

b) aux pensions et autres allocations de retraite conférées par les provinces et les communes à leurs fonctionnaires et employés, ainsi qu'aux membres de leurs familles ;

c) aux droits à des rentes provenant de toutes les catégories d'assurances sociales obligatoires ou volontaires pour autant que les réserves techniques appartenant aux Etablissements d'assurance en question soient dévolues aux institutions ayant leur siège sur le territoire passant à l'Etat-successeur.

8. Les droits patrimoniaux mentionnés dans les articles précédents sont soumis après le changement territorial à l'ordre juridique de l'Etat-successeur. Les règles générales applicables à la protection des droits régulièrement acquis trouvent application aux droits patrimoniaux frappés par un changement territorial.

9. Pour le cas où l'Etat-prédécesseur 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 patrimoniaux 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.

En cas d'extinction totale de l'Etat-prédécesseur, il est désirable qu'une Organisation Internationale institue un pareil tribunal accessible, lui aussi, aux particuliers.

IV. De l'interprétation des traités

(Douzième Commission)

Observations complémentaires et projet définitif de Résolutions[1]

présentés par

M. H. Lauterpacht

A.

Observations complémentaires

I.

Introduction

Il n'a pas été possible d'examiner la question de l'interprétation des traités lors d'une des séances plénières de la session que l'Institut a tenue à Bath en 1950. Toutefois, le sujet a donné lieu à un débat de la Commission compétente, auquel prirent part les membres de la Commission ainsi que d'autres Membres et Associés de l'Institut. Les orateurs apportèrent une précieuse contribution à l'étude de la question. Depuis le moment où le rapport[2], préparé au début de 1950, a été imprimé, j'ai reçu de nouvelles communications de la part

[1] Traduction française de M. J.-F. Lalive.

[2] Cf. le texte du rapport dans l'*Annuaire de l'Institut de Droit international*, 43e vol., Session de Bath, 1950, I, pp. 366-460.

de certains membres de la Commission. Enfin, la Cour internationale de Justice a prononcé, depuis lors, des décisions dont il y a lieu de tenir compte. Vu tous ces faits, c'est avec plaisir que, donnant suite à la suggestion de notre distingué Secrétaire général, je soumets les observations qui suivent à l'examen des membres de la Commission.

2. Il convient tout d'abord de reproduire les extraits pertinents de lettres émanant de nos confrères MM. Frederic R. Coudert, Max Huber et Charles Cheney Hyde, tant à cause de l'autorité de nos collègues précités, que parce qu'elles font ressortir ce qui paraît être l'objet de la principale divergence de vues entre les membres de la Commission, à savoir l'usage des *travaux préparatoires.*

3. A la date du 21 août 1951, M. *Frederic R. Coudert* a écrit ce qui suit :

« A mon avis, vous avez tout à fait raison de soutenir que les travaux préliminaires, le compte rendu des débats et la correspondance servent utilement à indiquer le problème que les parties entendent résoudre. Je ne vois aucun mal à admettre l'examen général de ces données auxquelles aucun tribunal ne saurait rester indifférent. Il est vain de prétendre qu'il vaudrait mieux agir différemment lorsque les termes sont trop clairs pour qu'une interprétation soit admissible. En effet, il est rare que l'on trouve une signification à ce point précise ; de nouveaux problèmes surgissent (ainsi que vous le remarquez à juste titre), qui n'avaient nullement été prévus à l'époque par les parties. »

4. Le 22 février 1951, M. *Max Huber* a écrit ce qui suit [1] :

« N'étant nommé que tout récemment membre de la XIIe Commission, il est difficile d'ajouter quelque chose au rapport si substantiel et si approfondi du rapporteur et aux observations précieuses que des Membres et des Associés, sur la base de leur science ou expérience diplomatique, ont faites au sujet dudit rapport. Je me rallie d'une manière générale au rapport et aux remarques complémentaires du rapport et à

[1] Original en français.

ses conclusions, notamment aux points 1, 4, 5 et 6, tout en faisant une réserve au sujet du point 2 (travaux préparatoires) et suggérant quelque élargissement du thème.

1. Il convient tout d'abord d'examiner un point préliminaire qui est effleuré par le rapporteur et par quelques-uns des auteurs des observations, mais qui est, comme point de départ de l'examen du problème qui occupe la Commission, d'une grande importance : la relation entre la volonté des parties et le texte qui comprend la ou les clauses dont le sens est contesté.

Il est évident que l'essentiel d'un contrat, d'une convention, d'un traité est la volonté concordante des parties. Sans cette concordance, il n'y a pas de contrat et en conséquence ni droits et ni obligations qui pourraient en résulter.

Pour le droit non écrit, droit coutumier et règles générales, la rationalité, la conformité avec les principes de justice et d'équité est essentielle ; par contre, pour le droit écrit (traités, codification), la certitude de la règle juridique est l'intérêt qui prime.

La liberté dans laquelle les parties fixent les clauses d'un traité ou s'engagent par leur signature ou ratification, rend acceptable la règle suivant laquelle ces clauses lient les parties indépendamment de l'interprétation qu'elles lui donnent plus tard ou des intentions qui les auraient déterminées lors des négociations. Le texte d'un contrat a une existence indépendante de la volonté des parties, dès que celles-ci sont en désaccord sur la portée de celui-ci. C'est la conséquence nécessaire de la règle générale fondamentale de *pacta sunt servanda*. Les conditions dans lesquelles ce principe devrait céder devant la clause *rebus sic stantibus* ou d'une justice supérieure n'entrent pas en ligne de compte ici. Il me semble que le droit international devrait veiller à ce que l'idée d'une « volonté des parties » ne plane pas comme un vague nuage sur la terre ferme d'un texte contractuel. Si le respect de la parole déposée dans un traité, signé et ratifié, n'est pas une chose pour ainsi dire sacrée, si les parties peuvent facilement invoquer leur prétendue volonté réelle, un avantage essentiel du droit écrit et conventionnel disparaît et les parties sont tentées d'être négligentes dans la rédaction de leurs accords.

2. C'est pourquoi il faut être très prudent à l'égard de l'admission des travaux préparatoires. Le texte signé est, sauf de rares exceptions, la seule et la plus récente expression de la volonté commune des parties. Les travaux préparatoires sont de valeur très différente pour les textes et rarement assez complets. J'abonde dans le sens des observations de Sir Eric Beckett et je crois que tous ceux qui ont une certaine expérience

dans la genèse de traités bilatéraux ou de conventions multilatérales, issues de conférences diplomatiques, et de résolutions votées par des assemblées d'organismes internationaux, peuvent se rallier aux observations sus-mentionnées.

Il ne faut pas confondre avec les travaux préparatoires les rapports sur les travaux d'une Commission qui soumet son projet à une Conférence diplomatique en séance plénière. Même si un tel rapport n'est pas, comme c'était le cas pour la Conférence de Londres (1909), investi d'une autorité d'interprétation authentique du projet de traité, ces rapports sont un élément de la plus haute importance, parce qu'ils sont une manifestation collective des contractants, dont il faut tenir compte, bien qu'ils n'aient pas force de loi, comme le traité même. Les rapports présentés par Louis Renault, à la Conférence de Genève (1906), à la IIe Conférence de La Haye (1907), à la Conférence de Londres (1909) et encore à d'autres conférences, resteront toujours un titre de gloire de la science française du droit international.

Encore faut-il nettement distinguer, des travaux préparatoires, les documents historiques qui permettent de placer un traité dans son véritable cadre, tels que les documents fournis à la C.P.J.I. dans les affaires du régime du Danube inférieur et des Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex.

3. Plus on doit s'appuyer sur le texte contesté, plus un tribunal sera désireux d'avoir des règles à sa disposition qui le mettent à l'abri d'un reproche éventuel d'interprétation arbitraire d'une clause contestée.

Des règles simplistes et un peu brutales, comme l'interprétation restrictive ou moins onéreuse pour la partie obligée, ne seraient applicables qu'aux cas où le texte prête à deux interprétations « naturelles », « ordinaires » ou « claires » entre lesquelles le juge pourrait choisir. En droit national le législateur ou même le juge peuvent imposer des solutions pareilles, car le droit même émane de l'Etat ou, au moins, le contrat civil tire sa force exécutoire de l'Etat. Pour les Etats mêmes qui sont à la base du droit international, il faut rechercher leur volonté ou au moins ce que peut être présumé comme leur volonté. On ne peut pas, sauf en vertu d'une clause spécifique, leur imposer une volonté fictive, obtenue par un procédé schématique, presque mécanique.

Il faut donc chercher la volonté des parties dans le texte conventionnel, d'abord dans les clauses relatives à la contestation, ensuite dans l'ensemble de la convention, ensuite dans le droit international général, et enfin dans les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. C'est par cet encerclement concentrique que le juge arrivera

dans beaucoup de cas à établir la volonté présomptive des parties « conformément aux exigences fondamentales de la plénitude du droit et de la justice internationale », ainsi que le rapporteur formule admirablement la tâche du juge. En parlant ici de juge, tout organe international appelé à trancher le différend est compris.

4. Toutefois, ce procédé présuppose que le texte contesté ait un sens raisonnable ou contînt quelque chose pouvant se référer à la matière de la contestation. Si cela n'est pas le cas, on se trouve en présence d'une lacune de droit et en même temps devant une alternative. En premier lieu, le juge pourrait constater l'absence d'une volonté commune reconnaissable des parties, débouter de ce fait le demandeur ou aboutir à un *non liquet*. En deuxième lieu, le juge comblera la lacune par une interprétation qu'on peut qualifier de constructive. Pour faire cela, il peut se baser sur deux considérations : (1) les parties ont voulu régler un ensemble de situations par la convention, une lacune n'est donc pas voulue ; (2) en soumettant la contestation à un juge elles ont voulu donner à la contestation une solution en droit. La question préjudicielle de la compétence du juge est supposée comme tranchée dans l'affirmative, car la contestation du texte appartient déjà à la décision quant au fond.

5. L'interprétation, notamment celle dont il est parlé sous le n° 4, peut être influencée par le fait que les parties sont des Etats qui ont entre eux un lien fédératif, tel que l'U.N.O., ou non. Dans la première éventualité de l'alternative, il serait justifié de s'orienter vers une interprétation extensive, basée sur l'effet utile ou de l'efficacité, tandis que dans l'autre, où les parties sont considérées comme des individualités, en principe indépendantes et présumées être désireuses de rester indépendantes, l'interprétation dite restrictive paraît naturelle.

L'interprétation dite restrictive semble se justifier surtout dans les cas où un traité est effectivement imposé à l'une des parties par l'autre. Dans cette éventualité, la volonté commune des parties se borne au fait qu'il y aura un traité, tandis que le contenu de ce dernier est réellement la volonté d'une seule partie. Le fait que la partie qui détermine cette volonté est composée d'une pluralité d'Etats ne modifie pas la situation. Si cette partie, qui a déterminé le contenu du traité et en conséquence les obligations de la contrepartie, a omis — délibérément ou non — de préciser certaines obligations, il serait injuste de donner au texte une portée allant plus loin que le sens naturel du texte l'indique.

6. La conclusion n° 6 du rapporteur est justifiée. Toutefois, une différence pour l'interprétation des « traités » dispositifs par rapport à

celle des « traités-lois » semble s'imposer. Si, par exemple, un traité fixe une frontière et est muet sur une partie de cette frontière ou contient des erreurs géographiques ou laisse un doute entre deux endroits de même nom, l'interprétation « constructive » pour combler la lacune ou trancher l'alternative est beaucoup plus malaisée que s'il s'agit d'interpoler un système de règles conventionnelles. Si, dans un pareil cas, les travaux préparatoires ne fournissent pas d'indices suffisants, la fixation de la lacune dans la frontière peut facilement friser l'arbitraire.

7. Je me rallie à la proposition de M. Verdross sub 4 de ses observations et aux solutions indiquées par lui. »

Dans sa note d'envoi, M. Max Huber expose que, s'il attache de l'importance — ainsi qu'il est énoncé au paragraphe 2 de sa lettre — aux « rapports sur les travaux d'une Commission qui soumet son projet à une Conférence diplomatique en séance plénière », il adopte :

« une attitude de grande réserve à l'égard des autres travaux préparatoires, tels que les procès-verbaux, les notes, etc., parce qu'ils ne concernent, en règle générale, pas ce qui était entendu lors du dernier stade des négociations ; ils concernent davantage les intentions de l'une ou de l'autre partie qu'une intention commune. C'est pourquoi je n'en ferais usage qu'*in extremis*, par exemple, dans la situation mentionnée à la page 6 (n° 6 *in fine*). »

5. *Charles Cheney Hyde* écrit ce qui suit, à la date du 4 juillet 1950 [1] :

« Malgré le profond respect que j'éprouve pour mon savant collègue, le Professeur Lauterpacht, et pour ses opinions — fruit d'une longue réflexion — en matière de droit international, j'ai quelque difficulté à me rallier à certaines des conclusions qu'il a énoncées dans son rapport sur l'interprétation des traités. Je suis embarrassé par les paragraphes n° 1 et n° 5 desdites conclusions.

Les Etats contractants ayant la faculté de se servir de termes dans tous les sens qu'ils jugent appropriés et n'étant à cet égard entravés par aucune restriction, l'interprète a pour mission principale de rechercher ce qui a réellement été le critère de leur choix. Cette fonction consiste

[1] Traduction de l'anglais.

donc essentiellement en une recherche en vue de constater les faits. Dans ces conditions, une longue hésitation est de rigueur lorsqu'il s'agit de faire usage d'une présomption ou d'une règle technique d'interprétation propres à entrer en conflit avec la preuve que les termes du traité étaient utilisés dans un sens particulier.

Le simple fait que les parties contractantes jouissent d'une complète liberté devrait suffire à mettre en garde contre la conclusion que la clarté linguistique d'un texte traduit nécessairement une clarté d'intention. Les termes d'un traité ont pour but de refléter cette intention et de guider l'interprète vers une compréhension correcte de l'instrument qui enregistre l'accord. La valeur à cet égard des termes — c'est-à-dire la clarté des indications qu'ils donnent — doit dépendre d'explications d'origine variée et doit même attendre celles-ci, qui révèlent l'intention des parties. Aucun élément explicatif ne peut contredire un texte déjà expliqué. L'intention des parties contractantes est la seule chose qui compte.

Je crois donc que la valeur d'un juge comme interprète des traités dépend aujourd'hui de la mesure dans laquelle il est affranchi d'un préjugé pouvant l'induire à attacher une importance particulière à une prétendue règle qui pourrait l'écarter de son entreprise principale, dont l'objet inévitable est la recherche de l'intention des parties. L'un des principaux responsables de ce détournement a été Vattel, qui a déclaré, en 1758, qu'« il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation », indiquant par là qu'une clarté verbale, lorsqu'on en constatait l'existence, était décisive.

Le paragraphe I des conclusions de la Commission énonce que « 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 ». Il est ajouté que «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 entièrement 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. »

La principale difficulté que présente cet énoncé, c'est qu'il prive l'interprète de la liberté complète d'arriver sans obstacle à sa conclusion judiciaire propre quant à l'intention des parties. Rien d'autre ne compte. Aucune règle ne devrait l'empêcher d'arriver à cette intention, telle qu'une règle s'opposant au libre usage des travaux préparatoires.

Les récents prononcés des membres de la Cour internationale de Justice ne paraissent pas avoir exactement apprécié la portée des décisions de la Cour permanente de Justice internationale. Nonobstant son opinion d'après laquelle « il n'y a pas lieu de tenir compte des travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment clair [1] », la Cour permanente ne s'est jamais trouvée en présence d'une affaire dans laquelle, selon la majorité des juges, des preuves extrinsèques, sous la forme de travaux préparatoires, auraient permis de contredire des conclusions qu'ils avaient déduites de la nature des termes utilisés. De ce fait, il ressort clairement qu'il faut considérer comme *dicta* les propos de la Cour au sujet d'une limitation en cas de litige. Il semble que certains juges de la nouvelle Cour n'ont pas suffisamment apprécié cette circonstance lorsqu'ils se sont montrés enclins à attribuer à leurs prédécesseurs *des décisions* proprement dites qui n'en sont pas vraiment.

C'est ainsi que dans l'avis consultatif du 3 mars 1950, concernant la compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies, la Cour énonce ce qui suit après avoir cité l'opinion de la Cour permanente dans l'affaire du service postal polonais à Dantzig :

> « Quand la Cour peut donner effet à la disposition d'un traité en donnant aux mots dont on s'est servi leur sens naturel et ordinaire, elle ne peut interpréter ces mots en cherchant à leur donner une autre signification. Dans le cas présent, la Cour n'éprouve aucune difficulté à établir quel est le sens naturel et ordinaire des termes pertinents, ni à leur donner effet. Dans quelques-uns des exposés écrits qui ont été soumis à la Cour, celle-ci a été invitée à examiner les travaux préparatoires qui ont précédé l'élaboration de la Charte. Eu égard, toutefois, aux considérations qui précèdent, la Cour estime qu'il ne lui est pas permis dans le cas présent de recourir aux travaux préparatoires [2]. »

Le fait que certains membres de la nouvelle Cour ont récemment omis, dans l'avis consultatif du 3 mars 1950, d'observer avec exactitude ce que la Cour précédente avait ou n'avait pas réellement fait, ne facilite pas le travail de notre propre organisation. En outre, il ne me semble pas que la conclusion précitée de notre Commission reflète ce qu'est ou devrait être une règle de droit international.

---

[1] Arrêt n° 9, affaire du Lotus, C.P.J.I., *Série A*, n° 10, p. 16.

[2] C.I.J. *Recueil* 1950, p. 8. Voir aussi « Admission d'un Etat aux Nations Unies » — Charte, Article 4, Avis consultatif. C.I.J. *Recueil* 1948, pp. 57-63.

C'est pourquoi je propose que le rapport sur l'interprétation des traités soit renvoyé à la Commission compétente, en vue d'un nouvel examen, dont le résultat sera ultérieurement soumis à l'Institut de Droit international. »

6. Il semble donc que si la majorité des membres faisant alors partie de la Commission partageait les vues du rapporteur sur le bien-fondé et même la nécessité d'un recours aux travaux préparatoires, une minorité des membres ait préféré adopter une attitude de prudence, sinon d'extrême prudence. Relevons que cette minorité comprend des juristes de la distinction du Prof. Huber, de Sir Arnold McNair et de Sir Eric Beckett. En outre, il semble que depuis le moment où le rapport a été préparé (début de 1950), la Cour internationale de Justice, se conformant à un passage de l'avis consultatif rendu, en 1948, sur les *conditions d'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies* (*Recueil* 1947-1948, p. 63) [1], s'est prononcée dans un sens qui, à première vue, paraît venir à l'appui de l'opinion défendue par la minorité des membres de la Commission. Dans un avis consultatif rendu pratiquement à l'unanimité, le 3 mars 1950, sur la question de la *compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, la Cour a énoncé ce qui suit :

« La Cour croit nécessaire de dire que le premier devoir d'un tribunal, appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité, est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte. Si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là. En revanche, si les mots, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, sont équivo-

[1] La Cour dit : « La Cour 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. »

ques ou conduisent à des résultats déraisonnables, c'est alors — et alors seulement — que la Cour doit rechercher par d'autres méthodes d'interprétation ce que les parties avaient en réalité dans l'esprit quand elles se sont servies des mots dont il s'agit. Comme l'a dit la Cour permanente, dans l'affaire relative au *Service postal polonais à Dantzig* (C.P.J.I., *Série B*, nº 11, p. 39) :

« C'est un principe fondamental d'interprétation que les mots doivent être interprétés selon le sens qu'ils auraient normalement dans leur contexte, à moins que l'interprétation ainsi donnée ne conduise à des résultats déraisonnables ou absurdes. »

Quand la Cour peut donner effet à la disposition d'un traité en donnant aux mots dont on s'est servi leur sens naturel et ordinaire, elle ne peut interpréter ces mots en cherchant à leur donner une autre signification. Dans le cas présent, la Cour n'éprouve aucune difficulté à établir quel est le sens naturel et ordinaire des termes pertinents, ni à leur donner effet. Dans quelques-uns des exposés écrits qui ont été soumis à la Cour, celle-ci a été invitée à examiner les travaux préparatoires qui ont précédé l'élaboration de la Charte. Eu égard, toutefois, aux considérations qui précèdent, la Cour estime qu'il ne lui est pas permis dans le cas présent de recourir aux travaux préparatoires [1]. »

6a. Vu la nature des nouveaux éléments qui ont été rendus accessibles depuis la publication du rapport, je me propose de consacrer l'essentiel des présentes observations complémentaires à un examen de la question des travaux préparatoires, à la lumière de ces nouveaux éléments. Dans la conclusion des présentes observations, j'ai l'intention d'examiner brièvement la question de savoir s'il est désirable et pratique d'élaborer, dans les Résolutions de l'Institut, certaines règles techniques d'interprétation.

[1] *Recueil* 1950, p. 8.

II.

Travaux préparatoires

6*b*. Relevons que l'extrait, cité plus haut, de l'avis rendu par la Cour le 3 mars 1950, ne saurait être vraiment considéré comme excluant de manière péremptoire le recours aux travaux préparatoires. La Cour, « dans le cas présent », n'éprouvant « aucune difficulté à établir quel est le sens naturel et ordinaire des termes pertinents ni à leur donner effet », a été d'avis qu'« il ne lui est pas permis, dans le cas *présent* de recourir aux travaux préparatoires ». D'autre part, et bien que cet énoncé puisse, selon les uns, prêter à controverse, la Cour était assez fondée à invoquer la pratique de sa devancière pour appuyer la décision qu'elle devait rendre sur la question. Aussi bien des prononcés analogues ont-ils été faits par la Cour permanente de Justice internationale. La différence entre la pratique des deux Cours paraît résider en ceci : la Cour permanente était moins disposée à présumer comme ne prêtant à aucune controverse un sens naturel et ordinaire de termes auxquels il est possible, sans difficulté, de donner effet. Fréquemment, elle a recouru aux travaux préparatoires, ne fût-ce qu'aux fins de confirmer un résultat obtenu de quelque autre manière. Elle n'a pas, comme pratique prédominante, rejeté l'usage des travaux préparatoires, motif pris du fait que le texte était présumé se suffire à lui-même à cause de la clarté apparente des termes du traité.

7. C'est dans cet aspect de la question que réside le nœud de la difficulté. Quel est le degré de clarté irrésistible d'un terme ou d'une phrase — discutée et controversable — qui

permettrait à la Cour d'exclure la possibilité même d'une influence par des preuves extrinsèques ? La solution est-elle à trouver dans le fait qu'il serait « inconcevable » que les termes dont il s'agit puissent avoir une autre signification ? Dans quelle mesure est-il désirable que le juge présume que la signification d'un terme est si évidente, si manifeste que toute autre signification serait « inconcevable » et que, partant, le recours à des sources extrinsèques de preuves (y compris les travaux préparatoires) serait une perte de temps ou ouvrirait la porte à des abus ? Quelques aspects du raisonnement judiciaire énoncé dans l'arrêt rendu en novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile, entre la Colombie et le Pérou, peuvent servir d'exemple des difficultés du problème dont il s'agit et de la nécessité qui s'ensuit d'agir avec prudence. Il en est ainsi bien que la question des travaux préparatoires n'ait pas été directement en cause dans cette affaire. Une majorité substantielle de la Cour a estimé « inconcevable » que l'expression « cas d'urgence » — condition essentielle posée par la Convention de La Havane pour l'octroi licite de l'asile — pût viser le danger de poursuites régulières pour délit politique [1].

Dans une vigoureuse opinion dissidente, le Juge Read est tombé d'accord qu'« il serait en principe inconcevable que des gouvernements aient conçu les « cas d'urgence » comme impliquant la protection des délinquants politiques contre la justice locale ». Il ajoute : « On ne saurait imaginer qu'une disposition d'un traité puisse être interprétée, en l'absence de termes exprès, comme destinée à mettre obstacle à l'administration de la justice [2]. » Toutefois, après avoir ainsi énoncé les propositions qu'il considère comme inconcevables et inimaginables, M. Read déclare ensuite, à propos des Etats

---

[1] *Recueil* 1950, p. 284.

[2] *Ibid.*, p. 320.

latino-américains et d'une institution particulière de l'Amérique latine, que — eu égard à ce qu'il qualifie de principe de droit international universel, à savoir que l'intention des parties doit prévaloir — il était « inconcevable » (et inimaginable) d'adopter une solution autre que celle que la majorité de la Cour (et normalement lui-même) avait qualifiée d'« inconcevable [1] ». En arrivant à cette conclusion apparemment saisissante, le Juge Read donnait forme concrète à ce que le rapporteur croit être une éventualité toujours présente, à savoir qu'une expression qui paraît à certains si claire que toute autre interprétation serait « inconcevable » peut précisément avoir, dans l'esprit d'autres personnes et compte tenu de ce qu'elles croient être l'intention des parties, cette signification « inconcevable » comme seule exacte dans les circonstances de l'espèce. Une disposition que la majorité de la Cour, dans l'avis consultatif sur l'*admission aux Nations Unies*, considérait comme si claire qu'elle excluait toute considération des travaux préparatoires, a paru à la minorité — avec l'aide, notons-le, d'un élément particulier des travaux préparatoires — posséder une signification contraire. Dans l'avis consultatif rendu en mars 1951 sur les *réserves à la Convention sur le génocide*, la majorité de la Cour a estimé « inconcevable [2] » qu'un Etat qui n'était pas encore partie à la Convention soit juridiquement en mesure d'empêcher un autre Etat de devenir partie à celle-ci. De même, la majorité de la Cour a estimé « inconcevable » que les parties à la Convention puissent être juridiquement en mesure d'empêcher la participation d'un Etat à cause d'une réserve secondaire [3]. Mais une importante minorité a considéré que telle était la solution exacte dans les

---

[1] *Ibid.*, p. 322.
[2] *Recueil* 1951, p. 25.
[3] *Ibid.*, p. 24.

deux éventualités. La minorité a estimé « inconcevable [1] » que les auteurs de la Convention (à savoir l'Assemblée générale) aient pu envisager un critère d'admissibilité des réserves — c'est-à-dire leur compatibilité avec « l'objet et le but de la Convention » — qui, à son avis, ne pouvait pas avoir été présent à leur esprit. Mais la nécessité de présumer ce critère constitue l'élément principal de l'avis rendu par la majorité de la Cour, laquelle n'a trouvé dans les travaux préparatoires aucun appui pour la thèse que les parties contractantes auraient eu à l'esprit un critère précis [2]. Ces exemples peuvent aider à appeler l'attention sur le fait qu'il n'est pas opportun, notamment en matière de travaux préparatoires, d'adopter des méthodes d'interprétation qui, en excluant des moyens de preuves extrinsèques, présupposent un degré de certitude et d'absolu que ne justifient ni l'expérience ni les probabilités.

8. Ajoutons que l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice, le 28 mai 1951, sur la question des réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, montre en soi qu'il est inexact de présumer que la Cour soit le moins du monde engagée à adopter une attitude négative en matière de recours aux travaux préparatoires. La majorité de la Cour, sans estimer nécessaire de justifier une modification d'attitude apparente, a examiné les débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale où fut adoptée la Convention sur le génocide, de même qu'elle a étudié d'autres travaux préparatoires. Elle en fit ainsi pour la raison que « s'il est exact qu'au cours des travaux préparatoires il a été décidé de ne pas insérer un article spécial relatif aux réserves, il est non moins vrai qu'à des stades successifs de l'élaboration de la Convention la faculté pour les Etats de formuler des

[1] *Ibid.*, p. 43.

[2] Voir ci-dessous, p. 211.

réserves a été envisagée [1] ». La majorité a également pris en considération le fait que les travaux préparatoires de la Convention ne contenaient « aucune indication qui autoriserait à dire que les contractants se sont implicitement référés à une pratique déterminée » en matière de réserves [2]. Les quatre juges qui ont rédigé l'opinion dissidente collective ont fait précéder de la simple phrase suivante un examen détaillé des travaux du Comité spécial sur le génocide, du Sous-Comité et de la Commission de l'Assemblée : « Voyons maintenant comment la question des réserves a été traitée lors de l'élaboration de la Convention sur le génocide [3]. »

Le Juge Alvarez a été le seul membre de la Cour qui, dans un passage éloquent et en se fondant sur une conception intéressante du droit international nouveau en matière de conventions multilatérales, ait maintenu l'opposition qu'il avait précédemment exprimée à l'usage des travaux préparatoires [4].

9. En réalité, nous croyons que la pratique de la Cour internationale de Justice et de sa devancière peut se formuler exactement de la manière suivante : le recours aux travaux préparatoires est admissible sauf lorsque la signification du terme ou de la disposition litigieuse est si nettement claire que le recours aux travaux préparatoires en devient de toute évidence superflu. Ainsi qu'il a été dit plus haut, la différence entre la pratique de la Cour permanente de Justice internationale et celle de la Cour internationale de Justice réside en ce que la Cour permanente a été peu disposée à se montrer rigide en partant de l'idée que les termes d'un traité particulier étaient si clairs que le recours aux travaux préparatoires ou l'étude

---

[1] *Recueil* 1951, p. 22.

[2] *Ibid.*, p. 25.

[3] *Ibid.*, p. 40.

[4] *Ibid.*, p. 53 et voir ci-dessous, p. 213.

de ceux-ci en devenait inadmissible ou vaine, tandis que la Cour internationale de Justice, dans deux avis consultatifs *(Conditions d'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies - 1948 ;* et *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies - 1950)* s'est contentée d'admettre que la clarté du sens ordinaire et naturel du traité excluait l'usage des travaux préparatoires. Relevons que dans le dernier cas, une telle conclusion pouvait se prévaloir de motifs extraordinairement puissants. Dans le premier cas, une opinion dissidente de grand poids jette efficacement le doute sur la décision de la Cour d'après laquelle le texte du traité était si clair qu'il n'y avait pas lieu de recourir aux travaux préparatoires [1].

Dans l'avis consultatif relatif à la Convention sur le génocide, tant la majorité que la minorité de la Cour ont — en matière de travaux préparatoires — suivi une fois de plus, dans sa véritable substance, la pratique de la Cour permanente de Justice internationale et se sont conformées à ce qui est, selon nous, une règle solide en matière d'interprétation de traités [2].

10. Il est important d'attirer l'attention sur le fait que l'objection à l'usage des travaux préparatoires est déduite de deux séries de considérations qui s'excluent réciproquement :

---

[1] Dans cette affaire, sur la même page où est énoncée la règle dont il s'agit, la Cour déclare ce qui suit : « Pour admettre une autre interprétation que celle qu'indique le sens naturel des termes, il faudrait une raison décisive qui n'a pas été établie. » (*Recueil* 1948, p. 63.) Remarquons que l'exclusion des travaux préparatoires peut rendre impossible l'invocation d'une raison décisive qui écarterait « le sens naturel des termes ».

[2] Il en est ainsi bien que les questions dont la Cour était directement saisie en l'espèce ne portassent point sur l'interprétation d'une disposition particulière de la Convention sur le génocide. Il s'agissait cependant d'interpréter l'*intention des parties* à la Convention, en matière de réserves. Ce fut sur cette base que tant la majorité que la minorité de la Cour ont prononcé leur opinion. Voir ci-après, page 214, note 1.

(a) selon les uns, le recours aux travaux préparatoires serait inadmissible et sans pertinence parce que l'intention commune des auteurs d'un traité n'importerait pas ou, de manière plus catégorique encore, parce qu'il n'existerait rien qu'on pût appeler l'intention commune des parties ; *(b)* selon les autres, l'objection opposée à l'usage des travaux préparatoires découle de la conviction que l'intention des parties constitue l'élément décisif et prédominant et que le recours aux travaux préparatoires aura probablement pour effet de compliquer ou même de faire échouer la tâche de découvrir quelle est la véritable intention des parties.

11. Dans la mesure où l'objection opposée à l'usage des travaux préparatoires est fondée sur l'opinion que, tout au moins en matière de traités, il n'existe aucune intention commune des parties contractantes ou qu'une telle intention n'est pas pertinente [1] ni déterminable, le rapporteur estime que cette opinion — encore qu'intéressante — est en bonne doctrine

[1] L'opinion selon laquelle le traité, une fois adopté, possède une vie propre, indépendante de l'intention de ses auteurs — à supposer qu'une intention eût existé — a été clairement exprimée par le Juge Alvarez dans l'opinion dissidente qu'il a jointe à l'avis consultatif relatif à la *compétence de l'Assemblée pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies* (*Recueil* 1950, p. 18) et notamment dans son opinion dissidente relative à l'affaire de la *Convention sur le Génocide* (*Recueil* 1951, p. 53). Il a énoncé, à propos des conventions multilatérales de caractère législatif que « ...lesdites conventions ne doivent pas être interprétées en prenant en considération les travaux préparatoires ; elles se détachent de tels travaux et acquièrent une vie propre ; elles peuvent être comparées aux navires qui quittent les chantiers où ils ont été construits et naviguent par eux-mêmes, sans plus avoir d'attaches avec ces chantiers. Ces conventions doivent être interprétées en regardant non pas en arrière, mais en avant. » Voir aussi l'opinion dissidente du Juge Azevedo, dans le même sens (*Recueil* 1950, p. 23). Voir les observations de Sir Eric Beckett sur « la nature entièrement fictive » d'une référence à l'intention commune des parties en matière d'interprétation de traités. (*Annuaire* 43e vol., 1950, I, p. 438.)

inacceptable et qu'elle est inconciliable avec la lettre et l'esprit de presque toutes les décisions de la Cour internationale de Justice [1], de sa devancière et, en fait, de l'arbitrage international en général.

La portée des présentes observations complémentaires ne permet pas de développer plus amplement cet aspect du sujet. Dans une large mesure, le problème est identique à celui de savoir si l'interprétation a pour objet de découvrir l'intention des parties, ou le sens des termes dont elles ont fait usage. On peut soutenir que l'intention des parties n'est pertinente que dans la mesure où elle apporte une indication sur le sens véritable du terme ou de la disposition litigieuse. Selon l'opinion alternative — que le rapporteur tient pour être probablement l'opinion exacte —, le sens des termes d'un traité n'est qu'un moyen d'établir l'intention des parties.

12. D'autre part, il convient d'examiner attentivement certaines considérations qui font ressortir la nature incomplète — trop complète selon certains — et fallacieuse des travaux préparatoires en tant que guide de l'intention des parties, ainsi que la possibilité qui en résulte d'un abus de ce procédé d'interprétation. Certaines des considérations dont il s'agit ont été énoncées aux pages 392-394 du rapport que j'ai présenté

---

[1] «La Cour recherchera ces réponses [à la question des réserves à la Convention sur le génocide] dans les principes de droit relatifs à l'interprétation de l'intention des parties dans les conventions multilatérales» (*Recueil* 1951, p. 20). Voir aussi plus bas, p. 219, «les fins poursuivies par l'Assemblée générale et par les parties contractantes». Et voir *ibidem*, p. 43, l'énoncé, dans l'opinion dissidente collective, que «par conséquent, si une règle de cette nature [telle qu'elle a été formulée par la Cour] doit s'appliquer à la Convention sur le génocide, elle devrait être déduite de l'intention des parties». Il serait aisé d'extraire des passages analogues de presque chaque décision de la Cour internationale de Justice et de sa devancière. Toutefois, une telle recherche équivaudrait probablement à insister sur l'évidence.

pour la session de l'Institut de Bath (*Annuaire*, 43e vol. 1950, I). D'autres considérations de même nature ont été soulignées de manière plus convaincante par Sir Eric Beckett (*op. cit.*, pp. 442-444) et par le Professeur Huber dans la lettre susmentionnée. Ainsi qu'il a été indiqué dans le rapport, à ces objections il est facile de répondre que les dangers résultant de la plupart de ces défauts des travaux préparatoires peuvent être écartés si le tribunal procède à un examen attentif de l'argumentation présentée par la partie qui invoque ce moyen d'interprétation.

13. Toutefois, on peut estimer — et on l'a fait — que précisément la nécessité d'un examen attentif et critique des travaux préparatoires, de la part de la Cour, apporte un argument puissant contre la recevabilité de ceux-ci. Comment peut-on attendre que la Cour s'adonne à des recherches approfondies portant parfois sur des ouvrages volumineux où sont reproduits les comptes rendus de la Conférence et de ses nombreux Comités et Sous-Comités ? A cette objection, on peut répondre tout d'abord que, dans ses recherches étendues, la Cour sera naturellement aidée par le zèle et la diligence de la partie contre laquelle sont invoqués les travaux préparatoires. Toutefois, même s'il n'en était pas ainsi, il serait difficile d'admettre qu'un tribunal international puisse être justifié à échapper, à son gré, à la tâche lourde et laborieuse de rechercher la véritable intention des parties, en optant pour le raccourci de l'interprétation textuelle et logique. Il se peut qu'il y ait des arguments décisifs d'une autre espèce contre l'usage des travaux préparatoires. Mais la difficulté et l'incommodité matérielles d'entreprendre cette tâche ne saurait, sans contredire l'autorité de la justice internationale, être considérées comme permettant le rejet d'un instrument qui, probablement, facilitera la découverte de l'intention des parties. Si l'activité de la Cour devait sensiblement s'accroître, — les Etats se prêtant toujours plus volon-

tiers au règlement judiciaire de leurs différends, — la question se poserait de savoir s'il est nécessaire d'apporter des modifications à l'activité et l'organisation de la Cour, en créant par exemple des organismes subordonnés ou régionaux. Mais on peut objecter à résoudre des difficultés de cette nature en abandonnant ou en décourageant le recours à des moyens par ailleurs utiles (à supposer qu'en réalité ils le soient) en vue d'établir l'intention des parties.

14. Nonobstant les considérations qui précèdent, le rapporteur incline à croire que, vu les termes (mais non peut-être le fond) de certaines décisions de la Cour internationale et vu les opinions exprimées par d'autres membres éminents et expérimentés de la Commission, il y a lieu d'ajouter la phrase qui suit à la fin de la première phrase de la Résolution n° 2 :

> « Dans chaque cas, le tribunal devrait apprécier si et dans quelle mesure, étant donné l'absence manifeste de toute difficulté qui empêcherait de donner effet au sens ordinaire et naturel des termes du traité, un examen détaillé des travaux préparatoires est nécessaire [1] .»

---

[1] A l'appui de l'opinion proposée dans le texte, on peut citer le passage qui suit d'un important traité : « En résumé, selon nous, s'il se peut qu'un terme soit ' ordinaire ' de *manière absolue*, ce qu'entend établir une Cour appelée à prononcer sur la signification d'un traité, c'est le sens de ce terme d'un point de vue *sélectif*, c'est-à-dire par rapport aux circonstances qui ont entouré l'élaboration du traité. Si tel est ce qu'on entend par la théorie des ' termes ordinaires ', celle-ci ne saurait soulever d'objection. Mais si cela signifie que la Cour doit s'arrêter avant d'appliquer le terme dans son sens primaire et littéral et qu'elle ne peut admettre aucun acte ni examen ultérieur, la théorie est, à notre avis, erronée. La théorie comporte une présomption, mais une présomption qui n'est pas absolue. L'on peut raisonnablement supposer que la Cour imposera le fardeau de la preuve à la partie qui cherche à renverser la présomption » (Sir Arnold McNair, *The Law of Treaties*, 1938, pp. 175-176).

III.

Règles d'interprétation

15. Pour les raisons énoncées dans son rapport préliminaire, le rapporteur n'a pas essayé de formuler des règles détaillées et techniques d'interprétation, à part les règles générales proposées dans la Résolution 3 (principe de l'interprétation restrictive) et dans la Résolution 4 (principe de l'effet utile). Toutefois, l'Institut désirera peut-être se rallier à l'opinion que la règle proposée par M. Verdross n'est en rien une règle technique ou artificielle. Il s'agit de la règle d'après laquelle il faut interpréter les dispositions d'un traité à la lumière du droit international général (par ce dernier terme, il entend probablement « coutumier »). Quelques membres de la Commission sont favorables à l'inclusion de cette règle d'interprétation. Je me permets donc de proposer l'adjonction, au projet de Résolutions, d'une Résolution n° 7 conçue dans les termes suivants :

> « Il faut interpréter [ou « Il est permis d'interpréter »] les dispositions des traités à la lumière des principes généraux du droit international coutumier ».

16. Indépendamment de la règle formulée ci-dessus, j'ai également examiné la possibilité d'apporter quelques adjonctions aux règles d'interprétation qui sont proposées dans le projet de Résolution. La tendance moderne paraît — à juste titre, selon moi — désapprouver l'élaboration de telles règles comme

essentiellement inutiles et illusoires [1]. Il semble toutefois que certains membres de la Commission ont désiré qu'on fasse au moins un effort en ce sens. J'ai donc examiné la possibilité de soumettre à l'Institut deux règles d'interprétation qui, à côté de celle qui est visée dans les projets de Résolutions, ont parfois figuré dans l'arbitrage et le règlement judiciaire internationaux. Il s'agit des règles *a contrario (expressio unius est exclusio alterius)* et *contra proferentem.* Un nouvel examen m'a conduit à la conclusion qu'il ne servirait à rien de les insérer dans les Résolutions. Je tiens à indiquer brièvement les motifs pour lesquels j'arrive à cette conclusion.

17. La règle *a contrario (expressio unius est exclusio alterius).* Il est arrivé parfois que les tribunaux internationaux fassent usage de cette règle [2]. D'autres tribunaux s'y sont refusés [3]. A notre avis, la considération décisive est la suivante : de même que toutes les règles techniques d'interprétation, celle-ci peut avoir pour effet d'obscurcir l'intention des parties, au lieu de la révéler. Tel est notamment le cas lorsque c'est par excès de prudence que certains points particuliers ont fait l'objet d'une mention expresse dans le traité, ou lorsque les auteurs ont entendu donner un exemple plutôt que d'exclure les points voisins. C'est pour cette raison, et sans doute pour d'autres aussi, que Sir Arnold McNair a déclaré ce qui suit, à propos du rejet de cette règle par la Cour permanente dans l'affaire

---

[1] Sir Arnold McNair a fait allusion aux règles existantes comme étant « déjà trop nombreuses» (*Annuaire*, 43e vol., 1950, I, p. 448). Voir d'autre part, les observations de Sir Eric Beckett, *ibidem*, pp. 435-438.

[2] Cf. par exemple la décision rendue en 1924 par la Commission mixte de réclamations germano-américaine (*Annual Digest* 1923-1924, Case n° 197).

[3] Cf. par exemple la sentence rendue par la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire des Pêcheries de l'Atlantique nord (Scott, *Hague Court Reports*, 1926, p. 165).

de l'*interprétation du Statut du Territoire de Memel* (*Série A/B*, n° 49, pp. 312-314) : « Cette [règle] *a contrario* n'est qu'un fil conducteur parmi d'autres, dans la recherche de l'intention des parties » (*The Law of Treaties*, 1938, p. 205). Il est intéressant de relever que, dans l'avis consultatif du 28 mai 1948 relatif aux *conditions d'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies*, la Cour internationale de Justice s'est abstenue de faire usage de la règle, encore que la situation parût en offrir l'occasion [1]. La Cour a fondé son opinion sur des considérations plus générales. On trouve, dans les jugements des tribunaux internes, de nombreuses mises en garde contre le danger d'appliquer cette règle sans discernement.

18. La règle *contra proferentem*. Bien qu'on puisse considérer cette règle comme un principe général de droit, elle n'a pas joué de rôle prédominant dans la pratique internationale — probablement parce que, hormis les traités imposés par la force [2], les traités sont le résultat d'un effort conjoint des parties contractantes. Ils sont l'aboutissement de négociations prolongées ; ils ne tirent pas leur origine de projets imposés ou produits sans avertissement par une partie. Par conséquent, même si un projet initial de traité émane d'une partie (il faut bien qu'un premier projet émane de quelqu'un), rien ne permet d'attribuer à celle-ci un degré tel d'habileté et de prévoyance que l'autre partie serait hors d'état d'y parer en faisant preuve d'une vigilance raisonnable. Le passage cité plus bas, extrait

---

[1] La Cour aurait pu déclarer que, puisque l'article 4 de la Charte énumérait les conditions d'admission, il excluait — par la mise en œuvre de la règle *a contrario* — toute autre condition.

[2] Circonstance qui explique l'usage de cette règle dans l'affaire du *Lusitania* (Commission mixte de réclamations germano-américaine, 1923; *Annual Digest* 1923-1924, Case n° 198) et dans l'affaire *Weitzenhoffer* c. *Allemagne* (Tribunal arbitral mixte roumano-allemand ; *ibid.*, 1925-1926, Case n° 278).

de la sentence arbitrale rendue en 1934 dans le différend qui avait surgi entre l'Allemagne et la Commission du Gouvernement de la Sarre, à propos de l'interprétation de l'*Accord de Baden-Baden* concernant les fonctionnaires, donne un exemple de cet aspect de la règle *contra proferentem* :

> « On ne peut appliquer la règle selon laquelle, en cas de doute, le texte du traité doit être interprété contre la partie qui l'a rédigé que lorsque, ainsi qu'il est arrivé dans le cas du Traité de Versailles, l'une des parties remet à l'autre partie un texte prêt à la signature. L'Accord de Baden-Baden a fait l'objet de négociations prolongées, précisément au sujet des retraites de fonctionnaires. Les parties sont arrivées graduellement à un accord mutuel. Dans un cas de cet ordre, la question de savoir quelle est la partie qui a rédigé le texte définitif est sans pertinence du point de vue de la règle d'interprétation précitée [1].»

Charles Rousseau, dans son ouvrage intitulé *Principes généraux du droit international public* (Vol. I, 1944, par. 452), cite des autorités et des motifs importants à l'appui de la proposition selon laquelle la règle *contra proferentem* n'est de toute manière pas applicable aux traités appelés traités-lois, principalement pour la raison que ces traités « établissent non un équilibre de prestations, mais un régime juridique objectif [2] ».

---

[1] *Recueil des sentences arbitrales* (Nations Unies, 1949), vol. III, p. 1564

[2] Ce motif est avancé à l'appui de la même opinion par le professeur Basdevant, dans l'affaire du *Wimbledon* (*Série C*, vol. I, nº 3, pp. 172-174).

IV.

Conclusions

19. Les observations complémentaires présentées ci-dessus énoncent les motifs pour lesquels le rapporteur a estimé désirable de limiter aux deux points suivants les modifications à apporter au projet de Résolutions :

(a) en matière de travaux préparatoires, la phrase additionnelle proposée au paragraphe 14 ci-dessus ;

(b) en matière de règles d'interprétation, la règle additionnelle proposée au paragraphe 15 ci-dessus.

(24 septembre 1951.)

B.

Projet définitif 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. Dans chaque cas, le tribunal devrait apprécier si et dans quelle mesure, étant donné l'absence manifeste de toute difficulté qui empêcherait de donner effet au sens ordinaire et naturel des termes du traité, un examen détaillé des travaux préparatoires est nécessaire. 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.

7. Il faut interpréter [ou «Il est permis d'interpréter »] les dispositions des traités à la lumière des principes généraux du droit international coutumier.

V. Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux

(Dix-neuvième Commission)

Rapport et projet de Résolutions

présentés par

M. Wilhelm Wengler

A.

Rapport

I. Délimitation de la matière

L'objet des investigations de la dix-neuvième Commission [1] peut être comparé à une équation contenant, à côté de deux quantités relativement connues (recours et judiciaire), deux inconnues : que sont ces « décisions » qui doivent être soumises à un contrôle judiciaire ? Qui sont les organes « internationaux » dont émanent ces décisions ?

[1] La dix-neuvième Commission est ainsi constituée : M. Wengler (rapporteur) ; M. van Asbeck, Mme Bastid, MM. Coudert, Gajzago, Hambro, Jessup, Liang, de Luna, Salvioli, Verdross, Verzijl (membres). Tous les membres ont envoyé des observations, à l'exception de MM. van Asbeck, Jessup et Liang. La réponse de M. de Luna, expédiée le 28 novembre 1951, n'est arrivée qu'au commencement du mois de janvier 1952 et n'a pu être utilisée pour l'établissement de ce rapport.

a) Qu'est-ce qu'un organe international ?

On peut trouver dans l'origine ou dans la base juridique de l'organe le caractère « international » de celui-ci: Il y a organe « international » quand l'existence de l'organe est prévue par une règle de droit international et quand l'organe est formé conformément à une règle de droit international, c'est-à-dire que, dans la plupart des cas, les personnes formant l'organe sont nommées par les gouvernements de plusieurs Etats ou par un autre organe international. Dans ce sens, non seulement le Conseil de Sécurité ou une Commission de navigation fluviale sont des organes internationaux, mais aussi la Commission de gouvernement du bassin de la Sarre, le Conseil de contrôle dans la ville de Tanger, le Gouverneur de l'Etat libre de Trieste, le Conseil de Contrôle ou la Haute Commission Alliée en Allemagne, ou le Conseil du port de la Ville libre de Dantzig, etc. Il importe peu que les individus formant un organe international composé de plusieurs personnes soient obligés, en prenant une décision, de suivre les ordres d'un gouvernement national ou d'un organe international, ou qu'ils soient libres de voter comme il leur plaît. Sont donc organes internationaux et la Haute Autorité et le Conseil et l'Assemblée prévus par le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier.

Il n'y a pas organe international quand, en vertu d'une disposition volontaire et unilatérale d'un Etat, un organe de cet Etat comprend des personnes appartenant à plusieurs Etats ou des personnes nommées par les gouvernements d'autres Etats. On peut se demander si un office institué par la législation nationale d'un Etat doit être qualifié d'organe international à raison du seul fait que la création de cet office est prévue ou même ordonnée par un traité, lequel, dans ce cas, dispose souvent que le gouvernement de l'Etat en question doit choisir comme fonctionnaires de cet office un certain nombre d'étran-

gers. L'exemple des tribunaux mixtes en Egypte nous montre qu'on ne parle pas d'organes internationaux en pareil cas. M. Gros (*La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, t. 1, p. 268) voudrait, semble-t-il, qualifier les offices de vérification et de compensation prévus à l'art. 296 du Traité de Versailles, d'organes internationaux; il pense par conséquent que la solution d'un différend entre les offices de vérification de plusieurs Etats par un tribunal arbitral mixte (v. § 16 de l'annexe à l'article 296) est un cas du contrôle judiciaire de la décision d'un organe international. Pourtant il s'agit là d'un simple cas d'arbitrage international d'un différend né entre les organes de plusieurs Etats. Il en est autrement quand un particulier est autorisé par le § 20 de l'annexe à l'article 296 à recourir contre une décision conjointe de deux offices nationaux de vérification; cette décision conjointe de deux offices nationaux pourrait être regardée comme la décision d'un seul organe international.

On pourrait dire qu'il n'y a organe international au sens étroit que lorsque, non seulement la base juridique, mais aussi les fonctions de l'organe ressortissent au droit international public. Ne seraient pas des organes internationaux, bien qu'ayant leur origine dans le droit international et bien que composés de personnes nommées par une pluralité d'Etats, ceux qui agissent *à la place* d'un organe national, et qui, pour cette raison, exercent des fonctions qui sont normalement celles d'organes nationaux. Le caractère essentiellement interne d'un acte juridique d'un organe ne change pas — semble-t-il — quand l'organe n'est pas institué par un Etat seulement, selon son droit national, mais par une pluralité d'Etats conformément à une règle de droit international. Cela est évident quand, par exemple, la Commission fluviale de l'Elbe est autorisée à décider, sur la demande de la partie appelante, à la place d'une instance d'appel nationale dans

une affaire de droit fluvial national réglée par le législateur national (v. art. 44-47 de l'Acte de navigation pour l'Elbe du 22 février 1922). Pourtant, si l'on considère la base juridique de l'existence de la Commission et sa formation, il s'agit bien d'un organe international. Il y a une situation analogue lorsque la Commission de gouvernement du bassin de la Sarre ou le Gouverneur de l'Etat libre de Trieste nomment des fonctionnaires, lorsque la Commission Européenne du Danube donne des ordres en matière de police de navigation, ou lorsque la Haute Commission Alliée en Allemagne édicte des règlements. La question de savoir si les particularités de ces situations peuvent influer sur le problème du recours judiciaire contre les décisions des organes internationaux sera examinée plus loin (v. III i).

Les organes internationaux qui n'agissent pas à la place d'un organe national, dont les décisions ne regardent par conséquent que le droit international public et ne peuvent être contrôlées que du point de vue du droit international public et non du point de vue d'un droit interne, forment naturellement le groupe le plus important pour les travaux de la Commission. Le Conseil de Sécurité ou la Commission américano-canadienne des eaux limitrophes sont des organes internationaux de ce genre, dont l'activité ne regarde que le droit international public.

b) Que faut-il entendre par l'expression *décision* ? Il faut donner à cette notion, qui est scientifique et non pas créée par le droit positif, un contenu aussi large que possible. Sont décisions d'un organe international toutes les déclarations faites par l'organe international comme tel ; cette définition n'empêche pas que ce sera parfois une question juridique de savoir s'il y a décision de l'*organe international* comme tel. De cette définition bien large des décisions, il ne faut pas conclure qu'il faudrait instituer un recours judiciaire contre toutes

sortes de décisions des organes internationaux. Nous essayerons plus loin de déterminer quelles sont les décisions nécessitant un contrôle judiciaire (v. IV et V).

c) Il faut, enfin, préciser que ce rapport n'envisage comme recours judiciaire que le recours demandant le contrôle de la décision du point de vue *juridique*. La Cour de justice prévue par le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier du 18 avril 1951 assure, d'après les mots de l'article 31, « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du Traité et des règlements d'exécution ». Nous verrons plus tard (v. V) que restent en dehors du contrôle judiciaire les questions d'opportunité et celles que l'organe international est autorisé à trancher en se fondant sur des motifs purement politiques. Naturellement, on peut instituer au-dessus d'un organe international une deuxième instance réexaminant les considérations d'opportunité ou politiques faites par l'organe international de première instance, mais il n'y aurait pas là contrôle *judiciaire*. C'est seulement en tant que ces considérations d'opportunité ou politiques sont restreintes ou dirigées par une règle de droit international que leur contrôle judiciaire est possible [1].

Vu cette restriction du recours « judiciaire » proprement dit, ce que l'on objectera le plus souvent peut-être contre la décision d'un organe international sera que l'organe n'était pas compétent pour prendre une décision de cette sorte, ou n'était pas compétent pour prendre cette décision particulière, vu les faits

[1] Le rapporteur souscrit aux développements de M. *Gajzago* concernant la possibilité ou même la nécessité d'un examen des décisions d'un organe international administratif du point de vue de la bonne administration, examen conduisant au contrôle des questions d'opportunité, etc. Mais il se croit d'accord avec la plupart des autres membres de la Commission en regrettant que cette question dépasse les limites posées aux travaux de la Commission.

sur lesquels il s'est fondé ou vu les faits existant en réalité. Un deuxième groupe d'objections contre la décision d'un organe international concernera la forme de la décision ou la procédure suivie pendant les délibérations; c'est-à-dire les vices de procédures au sens le plus large du mot. Un troisième groupe d'objections aura pour motif que les faits déclarés expressément ou indirectement comme existant par la décision n'existent pas en réalité. Un quatrième groupe d'objections sera fondé sur le fait que l'organe international a violé le droit international public limitant ou déterminant le contenu matériel possible de la décision, c'est-à-dire que le contenu matériel de la décision, telle qu'elle a été formulée par l'organe international, est contraire au droit international. Il est possible, on le verra plus loin, qu'il faille limiter le contrôle judiciaire à certaines de ces objections (v. VI).

II. Considérations générales sur la nécessité d'un recours judiciaire contre les décisions des organes internationaux

On pourrait peut-être demander que, dans un ordre juridique parfait chaque acte humain puisse être examiné à tout moment par un tribunal indépendant, afin de savoir si cet acte est conforme ou non au droit. L'évolution des législations nationales montre qu'on s'efforce de réaliser cet idéal en tant qu'il s'agit d'actes humains qui ne sont pas à la fois des actes d'un organe étatique. Pourtant les législations nationales ont eu besoin de beaucoup de siècles pour arriver à cette première étape. Dans toutes les législations nationales, on est encore loin de faire examiner judiciairement tous les actes des organes étatiques (v. par exemple, pour le droit français Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris 1951[6], p. 103). Ce contrôle

existe, on le sait, dans une mesure très large quand il s'agit de décisions judiciaires, qui sont l'objet d'un contrôle judiciaire par les tribunaux d'appel, la Cour de cassation, etc.; mais d'autre part, le droit positif des nations civilisées donne force de chose jugée aux décisions judiciaires presque toujours quand les voies de recours sont épuisées ou exclues. Quant aux actes administratifs, les solutions du problème de leur contrôle judiciaire sont très variées. Il y a des cas où les actes administratifs peuvent être contrôlés comme les actes de personnes privées par les tribunaux; il y a des cas où la légalité des actes administratifs peut être contrôlée par un tribunal administratif dans une procédure spéciale; il y a des cas où l'acte administratif ne peut jamais être contrôlé par un tribunal; souvent l'acte administratif non contrôlé ou incontrôlable acquiert force de chose jugée comme un jugement, mais il y a des cas où l'acte administratif vicieux peut toujours être dénoncé comme illégal et nul. Une variété analogue des solutions du problème du contrôle judiciaire existe pour les actes législatifs.

Les raisons qui expliquent cet état de choses dans l'ordre juridique national sont trop connues pour être répétées dans ce rapport. Mais il faut relever deux raisons principales et antagonistes, qui sont valables en droit interne et en droit international : chaque décision d'un organe institué par l'ordre juridique, bien qu'elle soit vicieuse ou juridiquement nulle, a pour elle l'apparence et peut-être la présomption de la légalité ; la justice exige que cette présomption de légalité, quand elle est fausse, puisse être renversée par un contrôle judiciaire de la décision. D'autre part, il faut éviter que la « Rechtssicherheit » soit ébranlée par le danger continuel que les décisions d'une autorité, dont l'existence est nécessaire pour le maintien de l'ordre juridique ou pour le bien-être de l'humanité, puissent être attaquées en tout temps et par quiconque comme nulles. M. *Verzijl* a relevé avec raison la valeur pour ainsi dire édu-

cative d'un système où les Etats ne peuvent pas critiquer sans limites les décisions prises par les organes internationaux si elles ne sont pas à leur goût; naturellement, il n'y a valeur éducative de ce système que si l'on considère comme désirable l'affermissement des organisations internationales par rapport aux Etats. D'autre part, la possibilité d'un recours judiciaire pourrait avoir le même effet, parce qu'elle empêchera peut-être ceux qui sont convaincus eux-mêmes que la décision d'un organe international est sans vices juridiques de critiquer la validité de la décision devant l'opinion publique. Cet antagonisme entre les principes fondamentaux en matière de contrôle judiciaire des décisions d'organes internationaux empêche, à lui seul, que le problème puisse être résolu par une seule règle à trouver par la Commission pour tous les organes internationaux, pour toutes sortes de décisions, pour tous les contenus possibles des décisions et pour toutes circonstances. Les réponses parvenues au rapporteur sont unanimes à souligner qu'il faudrait déterminer pour chaque organe international, créé par le droit international positif, l'introduction et l'étendue du contrôle judiciaire. On pourrait donc parler de la nécessité de *spécialiser* les solutions de notre problème. *Jus in causa positum*, comme M. *Verzijl* le dit à plusieurs reprises dans ses observations.

Néanmoins il sera possible et nécessaire de réunir et de classer les points de vue généraux qui influent sur la solution du problème, et les parties suivantes du rapport doivent être entendues en ce sens qu'elles cherchent à déterminer en termes généraux, sans examiner les conditions particulières des organes internationaux individuels, les situations où prévalent des arguments pour ou contre le contrôle judiciaire des décisions des organes internationaux.

III. Le recours judiciaire contre les décisions des organes internationaux examiné sous l'aspect de la constitution des organes internationaux et de leur rôle pour le développement de l'ordre juridique international

Comme nous l'avons vu sous II, il faut se garder de croire que le contrôle judiciaire de toutes les décisions de tous organes soit une institution essentielle d'un système juridique. Chaque décision d'un organe créé à la base d'une règle de droit contient normalement l'assertion expresse ou tacite que l'organe a agi dans les limites de ses compétences, que la procédure suivie était correcte, que les faits supposés comme existant dans la décision existent en réalité, et qu'en arrêtant le contenu de sa décision l'organe s'est tenu dans les limites qui lui sont posées par le droit. Cela est vrai aussi pour les organes internationaux. La question de la nécessité d'un contrôle judiciaire des décisions d'un organe international est donc celle de savoir s'il faut ajouter une foi absolue à l'affirmation de l'organe international que sa décision est sans vices, ou s'il faut avoir une plus grande confiance dans le jugement d'un tribunal international. La situation est à peu près la même qu'en droit interne : Le contrôle par la justice administrative ou par la justice constitutionelle n'est introduit que pour les actes des organes étatiques en lesquels on a moins de confiance qu'en un tribunal administratif ou constitutionnel.

a) Il nous faut donc nous demander d'abord s'il existe des organes internationaux si certainement respectueux du droit que, lorsqu'ils déclarent avoir agi correctement et conformément au droit international, il paraît superflu de soumettre cette déclaration à un contrôle juridictionnel. On peut se demander ensuite si le tribunal international auquel il faudrait confier le contrôle mérite une plus grande confiance que l'organe

international. Il est impossible de répondre à cette question par l'énumération de certains organes internationaux dont on prétendrait qu'ils doivent être dispensés en tous les cas et en tout temps d'un contrôle judiciaire. Il faudrait confronter un organe international particulier avec un tribunal international particulier avant de dire si l'on préfère le contrôle des décisions de cet organe international par ce tribunal international. Il est presque impossible aujourd'hui, il est vrai, de trouver un organe international dont les membres aient autant de connaissances juridiques et soient aussi indépendants que ceux de la Cour internationale de Justice — seule hypothèse dans laquelle on pourrait considérer comme déplacé, du point de vue que nous venons de mentionner, le contrôle des décisions de cet organe par la Cour internationale de Justice.

Mais il arrive souvent que les connaissances des membres d'un organe international sur les *faits* (faits techniques ou économiques, par exemple) qui sont à la base de ses décisions, sont considérablement plus grandes que celles de n'importe quel tribunal international ; dans ce cas, même le manque de garanties quant à l'indépendance des membres de cet organe ne serait pas un motif décisif pour soumettre au contrôle d'un tribunal international les jugements de ces faits par l'organe international. Il y a donc des organes internationaux auxquels il faut attribuer un domaine discrétionnaire et incontrôlable en raison des connaissances spéciales d'une matière (en général une matière non juridique). Les règles du droit international limitent parfois, il est vrai, le contenu des décisions d'un organe international d'une manière absolument rigide : une commission pour les eaux limitrophes de deux pays, par exemple, peut permettre le refoulement des eaux par un Etat jusqu'à une hauteur déterminée. En permettant un refoulement au-dessus de cette hauteur, la commission viole, évidemment, le droit international limitant le contenu de la décision. Il est possible,

cependant, que l'organe international ne soit limité dans sa décision que par le but à atteindre ; la commission des eaux limitrophes, par exemple, sera autorisée à prendre les mesures propres à prévenir des inondations. La décision à prendre dépendra, évidemment, de questions techniques et géographiques; il sera inutile que la réponse donnée à ces questions par des personnes ayant les connaissances nécessaires soit contrôlée par un tribunal international, composé de juristes qui ne savent rien de ces questions techniques. Autre exemple : les constatations de faits économiques ou financiers dans la plupart des décisions prévues par la Charte Internationale du Commerce ne sont possibles que sur la base d'une connaissance approfondie des questions économiques. C'est pour cette raison que l'annexe N de la Charte dispose que les changements futurs du chapitre VIII (concernant le règlement des différends) ne doivent pas introduire le contrôle par la Cour internationale de Justice, des faits économiques et financiers constatés par l'organisation. Le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier défend à la Cour de justice prévue par ce Traité « l'appréciation de la situation découlant des faits ou circonstances économiques au vu de laquelle sont intervenues les décisions ou recommandations de la Haute Autorité » (art. 33). Contradiction peu compréhensible, la Cour devra apprécier « le bien-fondé », c'est-à-dire le bien-fondé juridique et économique, d'un recours contre la décision de la Haute Autorité constatant qu'une action de la Haute Autorité est de nature à provoquer dans l'économie d'un Etat des troubles fondamentaux et persistants, et déterminant les mesures à prendre (art. 37). Est contraire au principe formulé à l'article 33 (comme il est reconnu au texte même du Traité) l'appréciation par la Cour de la question si une opération réalisée par des entreprises privées a le caractère d'une concentration entre entreprises (art. 66 al. 5). Est contraire aussi au principe

l'appréciation par la Cour de tous les éléments de fait et de droit quand elle examine la nécessité d'une adaptation de certaines règles du traité à un changement profond des conditions économiques (art. 95). Mais le principe même de l'exclusion des questions économiques du contrôle judiciaire est ébranlé par la disposition que cette appréciation est permise s'il est fait grief à la Haute Autorité d'avoir commis un détournement de pouvoir ou d'avoir méconnu d'une manière patente les dispositions du Traité ou toute règle de droit relative à son application (art. 33). Puisqu'il faut s'attendre à ce qu'une partie demandant l'annulation d'une décision prétende toujours qu'il y a violation patente d'une règle de droit, le tribunal est libre d'entrer dans l'examen des questions économiques ou de le refuser sous prétexte qu'il n'y a pas méconnaissance *patente* du droit. C'est un exemple typique de la tendance de ce traité de laisser ouvertes toutes les portes.

b) Mais ce n'est pas seulement la pleine confiance dans le respect d'un organe international individuel pour le droit international, ou la plus grande confiance dans les connaissances techniques ou autres de ses membres, qui pourraient exclure ou restreindre le contrôle judiciaire par un certain tribunal international; un fait est d'une importance pratique encore plus grande : il existe — ou il peut exister — des organes internationaux dont le prestige moral et politique, et dont la capacité de fonctionner effectivement, seraient diminués par un contrôle judiciaire, même exercé par un tribunal international du plus haut prestige. Il se peut donc que les désavantages de l'introduction du contrôle, pour l'évolution de l'ordre juridique international, dépassent son utilité. Il suffit de citer les décisions du Conseil de Sécurité d'après l'article 39 de la Charte des Nations Unies en cas de rupture de la paix pour voir le problème. L'action du Conseil de Sécurité risque évidemment d'être retardée par un recours judiciaire contre sa

décision; on pourrait peut-être parer à ce risque en donnant force exécutoire provisoire aux décisions du Conseil de Sécurité. Mais il n'en reste pas moins que tout le système de sécurité de l'ONU, système qui repose sur le pouvoir politique des Grandes Puissances, serait ébranlé si les décisions du Conseil de Sécurité d'après l'article 39 de la Charte pouvaient être invalidées par un tribunal international. La plupart des hommes aura, certes, une plus grande confiance en la Cour internationale de Justice quand il s'agit de savoir si un Etat a rompu la paix; il ne serait pas réaliste de croire cependant que le maintien de la paix serait mieux assuré par la Cour internationale de Justice que par les Grandes Puissances représentées au Conseil de Sécurité. Mais la même question se pose souvent aussi pour les décisions moins importantes du Conseil de Sécurité, par exemple celle de savoir si la décision du Conseil qu'une affaire ne relève pas de la compétence exclusive d'un Etat doit être définitive et incontrôlable, ou s'il est utile de la soumettre à la Cour internationale de Justice. Les hommes politiques surtout hésiteront à soumettre les décisions de l'Assemblée générale des Nations Unies à un contrôle judiciaire.

L'attitude des Etats et des organes de l'ONU eux-mêmes concernant le problème du contrôle judiciaire des décisions du Conseil de Sécurité et de l'Assemblée générale n'est pas trop claire. En recommandant aux organes de l'ONU de soumettre à la Cour internationale de Justice les questions juridiques surgissant au cours de leur activité, surtout les questions concernant l'interprétation de la Charte, l'Assemblée générale (v. Résolution du 14 novembre 1947, *Doc. A/519*, p. 103) ne défend pas expressément d'appliquer cette procédure à la question de la validité d'une décision du Conseil de Sécurité ou d'un autre organe de l'ONU, bien qu'il faille s'attendre à ce que les questions de cette sorte soient particulièrement nombreuses. En rejetant l'argument selon lequel la Cour

internationale de Justice n'est pas compétente pour interpréter une règle abstraite de la Charte des Nations Unies, la Cour (v. *Recueil des arrêts et avis consultatifs*, 1947-48, p. 61) n'indique pas si elle se considérerait compétente pour contrôler la validité d'une décision concrète du Conseil de Sécurité. La Conférence de San-Francisco a vu l'échec des propositions du Gouvernement belge et du Gouvernement grec tendant à faire décider par la Cour internationale de Justice la question de savoir si une affaire relève de la compétence exclusive d'un Etat, quand cette question se présente au cours de l'application pratique des dispositions de la Charte (v. Kelsen, *The Law of the United Nations*, p. 87). En 1948, la première Commission de l'Assemblée générale a refusé de demander un avis consultatif à la Cour internationale de Justice avant de voter la Résolution partageant la Palestine. Dans l'affaire du pétrole iranien, le Conseil de Sécurité a renvoyé le débat — qui touchait à sa compétence et à la compétence exclusive des Etats — jusqu'à la décision de la Cour sur sa propre compétence.

Il y a, évidemment, des arguments de poids contre le contrôle judiciaire des décisions des plus hauts organes de l'organisation des Nations Unies. On peut craindre que le prestige moral de ces organes ne soit diminué si une seule de leurs décisions était déclarée formellement violation du droit international. Mais il faut redouter aussi que le prestige du tribunal international contrôlant ces organes ne soit mis en danger par le refus d'un grand organe de l'ONU de se soumettre à la sentence [1] ; il faut craindre enfin qu'un gouvernement malveillant n'abuse du recours judiciaire contre une décision évidemment correcte du Conseil de Sécurité, afin de gagner du temps. L'entrave d'un contrôle judiciaire possible serait d'autant plus insupportable pour les grands organes de l'ONU que

[1] Voir surtout les remarques judicieuses de M. *Hambro*.

— vu le petit nombre des signatures et les réserves apportées à la signature de la clause facultative — les décisions de la plupart des gouvernements étatiques, surtout en matière de grande politique, ne sont pas soumises à un contrôle judiciaire. Il serait impropre d'imposer aux organes internationaux des charges que les organes nationaux refusent encore avec succès de porter. Cela ne veut pas dire que les décisions du Conseil de Sécurité et d'autres organes devraient être incontrôlables éternellement dans l'intérêt du prestige de ces organes; l'évolution ultérieure de l'ordre juridique international pourra bien conduire à une autre solution.

Au lieu d'être assuré par un contrôle judiciaire postérieur à la décision, le respect du droit international par les organes internationaux pourrait l'être d'une autre manière : l'organe international lui-même, avant de prendre une décision, demanderait le jugement ou l'avis d'un tribunal international, ou d'une autre instance aussi indépendante qu'un tribunal, sur les questions juridiques soulevées par le projet de décision, ou, tout simplement, sur la légalité de la décision proposée. Nous avons vu que le Conseil de Sécurité a déjà fait usage de cette possibilité. Le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier prévoit l'examen préalable par une cour de justice de la question d'une adaptation de la convention à un changement des conditions économiques, etc. (art. 95). On pourrait imaginer que la demande d'une telle consultation soit rendue obligatoire, par exemple lorsqu'une minorité des membres d'un organe ou une partie intéressée à la décision le demande. Les tentatives de la Belgique et de la Grèce de rendre obligatoire, avant l'action d'un organe de l'ONU, l'examen de la compétence exclusive d'un Etat par la Cour internationale de Justice ont échoué, il est vrai, à la Conférence de San-Francisco. Il existe naturellement le danger qu'on abuse de cette consultation juridique préalable aux fins de gagner du temps.

Il faut donc être prudent avant de proposer une telle consultation obligatoire, surtout lorsqu'on ne dispose pas encore des fruits de l'expérience.

IV. Le recours judiciaire contre les décisions des organes internationaux examiné sous l'aspect du contenu juridique des décisions

Nous avons dit plus haut que le terme « décisions » comprend tout ce qui est prononcé officiellement par l'organe international. Il y a donc une très grande variété des contenus juridiques des décisions. Dans les droits nationaux, il existe les distinctions traditionnelles entre les lois, les règlements, les jugements, les actes administratifs, etc. Il est impossible de transposer ces distinctions sans changement au droit international public. Mais il est possible, sans prendre parti pour certaines doctrines, de constater que les « décisions » d'organes internationaux ont les divers contenus qui suivent:

a) L'organe international peut *constater* dans sa décision qu'*un fait* quelconque (y compris une loi nationale ou un acte d'Etat national) est *conforme ou non au droit international public.* Il s'agit donc d'une décision qui, normalement, sera prononcée par un tribunal international; ce caractère judiciaire intrinsèque de la constatation n'est pas effacé si la décision a été prise, non par un tribunal international n'exerçant que des fonctions judiciaires, mais par un organe international qui exerce à la fois des fonctions législatives ou administratives. Parmi les décisions d'organes internationaux constatant l'existence d'un droit ou d'une obligation sur la base du droit international public, ou constatant si un fait est conforme ou non au droit international public, on peut citer les décisions prévues aux articles 21 § 5 *(d)* 3e phrase, art. 23 § 1 *(h)*,

art. 65 § 3, art. 68, art. 94 § 2 de la Charte de l'Organisation Internationale du Commerce, ou à l'art. 19 de l'Accord International sur le Blé ou à l'art. 88 du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Introduire dans le droit international public un recours à un tribunal international contre les décisions d'organes internationaux de cette sorte signifie introduire une instance d'appel contre un *jugement* prononcé par l'organe international. Le problème du recours contre les décisions de cette sorte se confond donc avec le problème général des moyens judiciaires contre les jugements des tribunaux internationaux, et notamment avec le problème de la création d'une instance centrale d'appel au-dessus de tous les organes internationaux chargés de fonctions judiciaires. On peut poser la question spéciale de savoir s'il faut aussi prévoir une telle instance d'appel dans le cas où le jugement de première instance n'émane pas d'un tribunal international indépendant, mais d'un organe international dont les membres sont soumis aux ordres d'un gouvernement national, ou dont les fonctions comprennent à la fois des attributions judiciaires, législatives ou administratives. En tout cas, le caractère intrinsèque judiciaire n'est pas à lui seul un motif suffisant pour refuser le contrôle de cette décision d'un organe international par un tribunal international. Ce serait plutôt la confiance en la loyauté et en les capacités juridiques des membres de l'organe qui, pour les raisons expliquées sous III *a)*, rendrait superflu le contrôle par une autre instance judiciaire. La Cour internationale de Justice est autorisée par l'article 32 de la constitution de l'Organisation internationale du Travail à confirmer, amender ou annuler les conclusions de la commission d'enquête formée par le Conseil d'administration pour examiner la plainte qu'un Etat membre n'assurerait pas d'une manière satisfaisante l'exécution d'une Convention conclue sous les auspices de l'Organisation.

b) Il est aussi des décisions d'organes internationaux qui ajoutent à la constatation d'une violation du droit international des *mesures d'exécution.* Il n'existe pas encore d'exécution forcée par des forces obéissant immédiatement à un organe international; mais il se peut que l'organe international oblige certains sujets de droit international à des actions dont le but est d'exécuter une sentence, c'est-à-dire de réaliser un état de faits conforme au droit international public et d'effacer les conséquences de la violation du droit international. Il se peut aussi que la décision se contente de recommander à un sujet de droit international de ne plus remplir certaines obligations envers un autre sujet de droit international, dont on a constaté qu'il a violé le droit, ou de l'y autoriser. Contient à la fois la constatation d'une violation de droit international et des recommandations pour l'exécution de ce jugement le rapport de la Commission d'enquête prévue par l'article 414 du Traité de Versailles [1]; des décisions similaires sont prises par la Conférence Internationale de Commerce conformément à l'article 21 § 5 *d)* et article 95 § 3 de la Charte de l'Organisation Internationale du Commerce, et par la Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (v. art. 88 du Traité instituant cette communauté). C'est notamment le Conseil de Sécurité qui, dans une décision prise d'après l'article 39 de la Charte des Nations Unies, constate d'abord certaines violations du droit international, notamment une rupture de la paix, qu'elle combine avec une décision sur les mesures nécessaires pour rétablir la paix; voir aussi article 19 § 3 de l'Accord International sur le Blé.

Le contrôle judiciaire de telles décisions d'organes internationaux — pourvu toujours qu'il ne soit pas exclu pour une

---

[1] Voir maintenant les articles 28 et 33 de la constitution de l'Organisation internationale du Travail.

autre raison, par exemple celles dont nous avons parlé sous III — pourrait se rapporter aux seules mesures d'exécution; il pourrait se rapporter à la seule constatation de la violation du droit, ou enfin à l'un et l'autre de ces deux points. Mais dans tous ces cas, il s'agit du contrôle de décisions dont le caractère intrinsèque est judiciaire. Ce qui a été dit sous *a)* s'applique donc ici.

c) Il se peut aussi que l'organe international constate un fait et que, autorisé par un traité, il *crée* sur la base de cette constatation de *nouveaux droits et obligations.* Les décisions de cette sorte peuvent être comparées aux actes administratifs de l'ordre juridique national, par exemple aux ordres donnés par un organe étatique. La Commission américano-canadienne des eaux limitrophes, par exemple, donne des permissions et prend des mesures en cas de détresse, d'après le Traité du 15 septembre 1938. Les permissions données à un Etat par un organe international occupent une grande place dans la Charte de l'Organisation Internationale du Commerce, v. art. 13 § 4, art. 17 § 4 *(b)*, art. 21 § 5 *(c)*, art. 23 § 1 *(g)*, art. 26 § 3; v. aussi art. 5 § 1 *(c)* de l'Accord International sur le Blé, et art. 53 al. 2 et 67 du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Parmi les décisions créant une obligation, on peut citer l'invitation d'entrer dans un accord international exprimée par un organe de l'Organisation Internationale du Commerce d'après l'art. 24 § 6 de sa Charte. Il n'y a pas de doute que ce sont surtout les décisions de cette sorte qu'il faudrait soumettre à un contrôle judiciaire, s'il n'y a pas d'autres raisons pour exclure ce contrôle.

d) Mais l'activité d'un organe international comprend souvent, outre les actes administratifs individuels mentionnés sous *c)*, la *création* ou la suspension *de règles de droit* international public. L'activité législative en droit international est exercée

souvent par les organes permanents d'une organisation internationale en vertu de la convention créant cette organisation. A côté des cas sous *c)*, où l'organe international crée des droits ou obligations individuels par acte « administratif », après avoir constaté certains faits autorisant cette action, il existe des cas où l'organe international, sur la base de certaines constatations de faits, édicte des règles abstraites de droit international. C'est encore dans la Charte de l'Organisation Internationale du Commerce qu'on voit un organe international dispenser un Etat partie à une convention collective de remplir certaines obligations découlant de la convention (v. art. 13 § 3 *(b)*, art. 13 § 7 et 8, art. 15, art. 22 § 3 *(d)*, art. 44 § 6, art. 77 § 3), élaborer des règlements d'exécution (art. 35 § 5 *(c)*), étendre les dispositions de la convention à des situations analogues (art. 56), fixer les conditions de l'application de la convention dans certains pays (art. 71). D'après l'Accord International sur le Blé, un organe international adapte la convention à des conditions changées : il dispense certains pays de leur obligations découlant de la convention (art. 10), il change les dispositions de la convention elle-même en cas de besoin (art. 22). D'après le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, la Haute Autorité est autorisée en beaucoup de cas, à formuler des recommandations obligatoires pour les Etats membres quant aux buts, tout en laissant aux Etats le choix des moyens (art. 14); il s'agit de la création de règles juridiques abstraites (v. art. 63 al. 3, art. 72, al. 1, art. 73, al. 2, art. 74) ou de la création d'une obligation pour un cas individuel (v. art. 67, al. 3, art. 68, al. 3). L'arbitrage législatif, c'est-à-dire la création de règles de droit international en cas de différends, était une des fonctions primordiales du Haut-Commissaire à Dantzig d'après la Convention de Paris du 9 novembre 1920 entre la Pologne et la Ville libre de Dantzig (art. 39). Sont aussi des actes législa-

tifs les décisions d'organes internationaux sur le budget d'une organisation internationale, sur les contributions des membres, etc.

e) Il y a des situations où l'organe international ne décide que de *questions préliminaires, dont dépendent,* conformément à une convention par exemple, *des droits ou des obligations* internationaux. En ne faisant que la constatation de nature scientifique dont parle l'article 8 de la Convention sur l'opium du 25 février 1925, la Commission de l'hygiène, conjointement avec le Conseil de la Société des Nations qui en fait la communication aux parties contractantes, soustrait automatiquement certaines préparations au régime de la convention [1]. En déterminant d'après l'art. 27 § 1 de la Charte la portion convenant à un pays dans le commerce international d'un certain produit, l'Organisation Internationale du Commerce tranche une question dont dépend l'admissibilité de subventions à l'exportation. D'autres exemples de décisions d'un organe international sur une question préliminaire, dont la résolution fait naître automatiquement des droits ou obligations, se trouvent aux articles 28 § 3, 61, 62, et 70 de la Charte Internationale du Commerce. Quand un organe international décide de l'admission ou de l'expulsion des membres d'une organisation internationale, sa décision donne aussi indirectement naissance à des obligations et à des droits. Citons enfin la motion de censure de l'Assemblée prévue par le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, motion qui entraîne le devoir des membres de la Haute Autorité d'abandonner leurs fonctions (art. 24), et l'« avis défavorable » de la Haute Autorité contre un programme d'investissement (art. 54).

---

[1] D'après le protocole du 11 décembre 1946, la Commission d'hygiène a été remplacée par l'Organisation Mondiale de la Santé, et le Conseil de la S.d.N. a été remplacé par le Conseil Economique et Social de l'O.N.U.

Dans toutes les situations décrites sous *d)* et *e)* — de même que dans les cas cités sous *a)-c)* — la question pourra se présenter de savoir si l'organe international a excédé ses pouvoirs, si les faits qui sont la condition juridique d'une décision existent en réalité, et si l'organe international, en prenant sa décision, est resté dans les limites déterminées par les règles du droit international concernant la procédure et le contenu des décisions. Les mêmes questions pourront être posées quand un organe international représentant une organisation internationale conclut des conventions internationales, comme le font par exemple les organisations spécialisées de l'ONU. Nous n'avons pas de doutes que les décisions de cette sorte seront susceptibles d'un contrôle, pourvu qu'elles n'aient pas d'autres caractères qui y fassent obstacle. Il y a possibilité d'annulation des motions de censure d'après le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, mais seulement pour incompétence ou violation de formes substantielles (v. art. 24 et 38).

f) Le droit international public moderne ne connaît pas seulement des décisions liant juridiquement les sujets de droit international, mais il prévoit souvent des *recommandations*, propositions et invitations venant d'un organe international. Citons ici les recommandations de l'Assemblée générale de l'ONU et les mesures proposées contre certains cartels (art. 48 § 7) par l'Organisation Internationale du Commerce. Le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier fait usage d'une terminologie non habituelle en stipulant que les « recommandations comportent obligation dans les buts qu'elles assignent », tandis que les « avis » ne lient pas (art. 14). En n'ayant pas égard à ces recommandations, etc., un Etat ne commet pas un délit international engendrant l'obligation de réparer les dommages ou autorisant des représailles (v. art. 54 de la Charte de l'Organisation

Internationale du Commerce où il est dit expressément que les paroles « décider » et « décision », qui se trouvent dans certains articles de la Charte, ne veulent pas créer des obligations juridiques des membres, mais qu'elles expriment que l'organisation aboutit à une conclusion). Cependant des conséquences juridiques naissent parfois de l'obéissance ou du manque d'obéissance à ces recommandations, dont l'effet est une contrainte indirecte à obéir. La Convention sur l'opium du 19 février 1925, par exemple, ne défend pas expressément aux Etats signataires de la Convention de « devenir un centre du trafic illicite », mais elle autorise le Comité central à recommander aux autres signataires de faire cesser l'exportation à destination d'un pays dont le Comité central craint qu'il ne devienne un centre du trafic illicite.

Les membres de la Commission sont partagés sur la question si les recommandations d'un organe international sont des décisions susceptibles d'un contrôle judiciaire. En tout cas, c'est une question juridique que celle de savoir si l'organe international était compétent pour faire une telle recommandation ou proposition; on pourra aussi se demander si cette activité de l'organe international a le caractère d'une intervention dans les affaires qui relèvent de la compétence nationale d'un Etat. Il semble donc qu'il ne faut pas exclure complètement la possibilité du recours judiciaire, tout en laissant la solution ouverte pour chaque organe international individuel. Le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier exclut le recours judiciaire contre les décisions qu'il nomme « avis » (v. art. 34 et 33).

g) Souvent les décisions d'organes internationaux seront restreintes à des mesures dont le but est de *préparer* une décision du genre indiqué sous *a)-f)*. L'organe international décide par exemple de faire une enquête, ou d'instituer une commission d'enquête, ou encore de discuter une affaire. Ainsi sont prévus

dans la Charte Internationale du Commerce des invitations à des consultations, des enquêtes (v. art. 21 § 5 *(b)*, art. 48 § 4), des rapports (art. 24 § 5), des demandes d'informations (art. 48 et 49), la convocation d'une Conférence (art. 59) émanant d'un organe international. Parmi les nombreuses autres formes de décisions préparatoires citons, au hasard, les décisions basées sur l'article 67 de la Charte de l'Organisation Internationale du Commerce et autorisant d'autres organisations internationales à participer à certaines enquêtes, les décisions du Conseil International du Blé basées sur l'article 13 § 10 et 11 de l'Accord International sur le Blé et déléguant ou élargissant les pouvoirs du Conseil (v. aussi les mesures de la Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier d'après les articles 46, 47, 54 al. 3 du Traité). Sont décisions préparatoires, dans ce sens, presque toutes les décisions prises sur les questions dites de procédure par un organe international. Le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier parle de « mesures d'ordre intérieur propres à assurer le fonctionnement des services de la Haute Autorité » (art. 16).

Dans la justice administrative du droit interne, des mesures préparatoires d'un organe étatique ne justifient pas, en général, le recours à un tribunal administratif, parce que ces actes ne violent pas, dit-on, les droits subjectifs des citoyens. En droit international public, des mesures même préparatoires peuvent être des interventions illicites dans la compétence nationale d'un Etat, ou elles peuvent être une violation de la compétence exclusive d'un autre organe international. On se rappelle que certains gouvernements ont protesté contre l'institution des commissions d'enquêtes par le Conseil de Sécurité, parce qu'ils y voyaient une intervention illicite dans les affaires qui relèvent de la compétence nationale. Il faut se rappeler aussi que, d'après l'opinion de quelques Etats, l'Assemblée générale des

Nations Unies pouvait voir une violation de ses pouvoirs dans le fait que la Commission du droit international de l'ONU choisit elle-même les sujets pour la codification (v. *American Journal of International Law*, vol. 44, pp. 528 et ss.). Il semble qu'il faut répéter ici ce que nous avons dit à la fin de la section *f)*. Le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier laisse — semble-t-il — les mesures d'ordre intérieur en dehors du contrôle judiciaire (v. art. 16 et 33). D'autre part, l'Accord International sur le Blé prévoit déjà l'objection formelle d'un Etat contre l'inscription d'une transaction dans les registres du Conseil International du Blé (voir art. 4 § 5 e) de l'Accord).

h) Parmi les décisions des organes internationaux, on doit compter ensuite celles qui *précèdent* ou qui *déclenchent l'activité d'un tribunal international*, notamment la demande d'un avis consultatif de la Cour internationale de Justice par un organe de l'ONU ou par une organisation spécialisée, ou la plainte portée devant un tribunal international, si l'arbitrage était prévu dans une convention entre plusieurs organisations internationales [1]. Les « décisions » de cette sorte ne devraient pas, comme telles, être l'objet d'un recours judiciaire; c'est le tribunal international saisi qui devra, avant d'aborder le fond, voir si l'organe international était compétent pour porter plainte, demander un avis, etc. (v. l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice, *Recueil des arrêts et avis consultatifs* 1950, 70).

i) Les organes internationaux peuvent, par leurs décisions, édicter des *mesures* législatives, administratives ou judiciaires *déployant leurs effets* seulement dans l'*ordre juridique interne* d'un certain Etat ou d'un certain territoire. On trouve de

[1] Les accords entre l'ONU et les institutions spécialisées ne contiennent pas encore une telle disposition.

nombreux exemples de cette sorte de décisions dans les actes des organes internationaux nommés sous I *a)*, comme le Haut-Commissaire à Dantzig, le Conseil de Contrôle pour l'Allemagne, etc. De même si un organe des Nations Unies, quand cette organisation administre directement un territoire sous tutelle, promulgue une loi ou un acte administratif, ces actes sont destinés à avoir effet dans l'ordre juridique interne du territoire sous tutelle.

L'Exposé préliminaire du rapporteur exprimait l'avis que, lorsqu'un pays est gouverné ou administré en tout ou en partie par des organes internationaux, le contrôle judiciaire des décisions de tels organes ne rentre que partiellement dans le cadre des travaux de la Commission, et dans la mesure seulement où il s'agit de savoir si les décisions de ces organes sont conformes ou non au droit international public. Quand la décision est attaquée pour violation du droit interne du territoire administré par l'organe international, et même pour violation du droit interne créé par les organes internationaux eux-mêmes, le contrôle juridictionnel relève — disait l'Exposé — du droit interne et non du droit international; la décision ne devrait donc pas être soumise au contrôle d'un tribunal international. La question de savoir si un ordre individuel en matière de police de navigation donné par un agent de la Commission Européenne du Danube est conforme aux règlements de navigation édictés par la Commission serait une question ressortissant au droit interne créé par cette Commission; le contrôle judiciaire de l'ordre, de ce point de vue, ne devrait pas faire partie, disait l'Exposé préliminaire, de la matière qui est l'objet des travaux de notre Commission. Il en serait autrement de la question de savoir si la Commission Européenne du Danube est autorisée par les traités internationaux à faire donner des ordres individuels en matière de police de navigation ou à édicter des règlements de navigation;

ces questions-là pourraient être soumises au contrôle judiciaire d'un tribunal international. L'Exposé préliminaire du rapporteur demandait qu'on limitât le contrôle des décisions d'organes internationaux par un tribunal international au contrôle de la décision *du point de vue du droit international public* ; et qu'on laissât le contrôle des décisions d'un organe international, fonctionnant sur un certain territoire à la place d'organes nationaux, du point de vue du droit interne de ce territoire, à la législation interne du territoire.

Cette distinction faite dans l'Exposé préliminaire n'a trouvé que l'assentiment de M. *Verdross*. Tous les autres membres de la Commission qui ont répondu au Questionnaire s'opposaient d'abord à l'élimination totale des décisions des organes internationaux qui fonctionnent à la place d'un organe étatique. Avec le rapporteur, ils exigeaient en tout cas le contrôle judiciaire par un tribunal international des décisions de tels organes, quand il s'agit de savoir si la décision a violé une règle de droit international public. Certains membres de la Commission, notamment M. *Verzijl*, sont d'avis que même le contrôle des décisions des organes internationaux d'ordre local, du point de vue de la législation locale, ne devrait pas être exclu à priori. Dans un territoire sous tutelle placé sous le gouvernement immédiat de l'ONU il y aurait, dit M. Verzijl, « une expérience toute nouvelle d'administration foncièrement internationale ». Le rapporteur lui-même avait constaté dans son Exposé préliminaire que l'ordre juridique interne d'un territoire administré par des organes internationaux pourrait, à un degré plus ou moins grand, être l'objet des conventions internationales concernant la législation intérieure de ce territoire. La constitution d'un pays, où un organe international exerce ses fonctions à la place d'un organe national, peut, par exemple, être confirmée par un traité, de sorte qu'elle ne pourra pas être changée sans une revision du traité; une déci-

sion de l'organe international violant la constitution serait en même temps violation d'une règle de droit international; il faudrait la soumettre de ce point de vue au contrôle d'un tribunal international.

Il paraît nécessaire de regarder la question du contrôle judiciaire des organes internationaux de caractère local d'un point de vue pratique. Presque tous les membres de la Commission reconnaissent qu'il faut éviter que, par exemple, toute la juridiction administrative des territoires sous tutelle, même administrés directement par les Nations Unies, rentre dans la juridiction de la Cour internationale de Justice. Parfois les textes établissant un organe international pour l'administration d'un territoire règlent les moindres détails de l'ordre juridique interne de ce territoire, comme par exemple, le Traité germano-polonais du 15 mai 1922 concernant la Haute-Silésie. Le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier ne contient pas seulement des droits et des obligations des Etats membres, mais elle prévoit une réglementation des prix, des cartels, des investissements, etc., qui prend la place des réglementations nationales et qui est obligatoire directement pour les entreprises privées. Pour des raisons pratiques, il faudrait éviter que la masse des litiges concernant les affaires de l'administration courante d'un tel territoire ne puisse accabler une haute cour internationale. D'autre part, le contrôle par une telle cour paraîtra nécessaire pour garantir l'application des règles vraiment importantes, presque toujours contenues dans une convention, par les organes internationaux de caractère local. Puisque la Commission est unanime à demander des solutions spéciales du contrôle judiciaire pour chaque organe international, on pourra dire que le contrôle des décisions des organes internationaux de caractère local ne doit pas être exclu en principe, mais que le contrôle par un tribunal international pourrait être limité quand il existe un

contrôle judiciaire suffisant dans l'ordre juridique interne du territoire administré par l'organe international; de même, le contrôle par un tribunal international pourra être restreint à la constatation des violations de certaines conventions, etc. Enfin, il sera peut-être nécessaire de confier le contrôle même sous l'angle de l'application des règles de droit international, à un tribunal international spécial, et à épargner cette tâche aux hautes cours internationales. Le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier introduit le contrôle judiciaire des décisions de la Haute Autorité pour toutes violations du Traité *ou de toute règle relative à son application* (art. 33), c'est-à-dire surtout des règlements émanant de la Haute Autorité elle-même. Ce contrôle embrasse par conséquent les décisions constatant une concentration illicite d'entreprises (art. 65 al. 5), les décisions portant imposition de sanctions pécuniaires à une entreprise (art. 36), les décisions établissant des prélèvements sur la production (art. 50), les décisions instituant un régime de quotas de production (art. 58), etc. Il y a même des règles pour les juridictions concurrentes de la Haute Autorité et des tribunaux nationaux (art. 90). Mais le Traité établit une Cour de justice spéciale dont il n'y a pas de recours à la Cour internationale de Justice.

k) Un autre problème délicat est celui des décisions d'organes internationaux qui n'agissent pas à la place d'un organe national pour un territoire déterminé sur la base du droit interne de ce territoire, mais qui *appliquent le droit interne d'une organisation internationale*, et qui prennent, par exemple, en application de ce droit interne, des décisions sur les droits et obligations des fonctionnaires de cette organisation. On sait que des tribunaux administratifs ont été institués pour le contrôle des décisions affectant les fonctionnaires de la Société des Nations et de l'ONU. La ligne de démarcation entre le droit interne d'une organisation internationale et les autres

règles du système de droit international public est contestée en doctrine et elle sera, en tout cas, très difficile à tracer en pratique. Mais il semble que le contrôle des décisions d'organes internationaux dans les matières réglées par le droit interne et intéressant surtout les fonctionnaires de cette organisation internationale, devrait être confié à des tribunaux administratifs spéciaux, qu'il faudrait instituer pour les différentes organisations, et qu'on devrait soustraire ces affaires aux grands tribunaux internationaux, surtout en première instance.

V. Le contrôle judiciaire des décisions des organes internationaux examiné sous l'aspect de la portée politique des décisions

Nous avons expliqué sous III *b)* que parfois le besoin de soutenir le prestige d'un organe international, comme par exemple du Conseil de Sécurité de l'ONU, s'oppose à un contrôle judiciaire des décisions de cet organe. Pourtant, on peut imaginer des situations où le prestige du Conseil de Sécurité, par exemple, ne serait pas en danger si une de ses décisions, prise dans une matière de moindre importance, était renversée par la Cour internationale de Justice. D'autre part, on peut imaginer des cas où un organe international, agissant normalement dans un domaine technique ou administratif, et dont les décisions sont par conséquent susceptibles d'un contrôle judiciaire, prendrait une décision dont l'invalidation par un tribunal international créerait un conflit dangereux pour le prestige de tous les deux. Dans ces deux situations, on est tenté de chercher dans le *contenu* des décisions un critère permettant d'établir tous les cas où il est *inopportun* de faire contrôler la décision d'un organe international même par un tribunal international. N'est-ce pas la notion de « décisions politiques » qui nous montre le chemin ?

Dans le droit interne de quelques Etats, ce sont les décisions dites politiques ou actes de gouvernement, etc., qui sont exemptes du contrôle des tribunaux administratifs. La conception des « décisions politiques » est, ainsi qu'on le reconnaît généralement, très vague, sans qu'on puisse contester qu'il y ait quelque chose de vrai dans la distinction entre actes politiques et actes non politiques. On peut dire, me semble-t-il, qu'il y a des actes d'Etat où le motif politique est très fort, qu'il s'agisse d'un cas particulier ou d'une catégorie d'actes. A la tentative de transposer la conception des actes politiques au droit international, on objectera peut-être que tout ce qui se passe entre Etats possède un caractère politique. D'autre part, on ne peut pas nier qu'il y a une grande différence entre une décision d'un organe de l'Organisation Internationale pour la navigation aérienne sur un point technique, et une décision du Conseil de Sécurité sur une rupture de la paix et les mesures destinées au rétablissement de la paix.

La Commission est unanimement[1] d'avis qu'il est inopportun, dans l'état actuel de la société internationale, de soumettre les décisions politiques — ou du moins les décisions de haute politique — des organes internationaux à un contrôle judiciaire. Nous avons expliqué plus haut sous III *b)* qu'il faut laisser en dehors du contrôle judiciaire toutes les décisions d'un organe, dont le prestige est un facteur important du développement de l'ordre juridique international et ne supporterait pas, dans l'état actuel des choses, une diminution morale par le fait d'un contrôle judiciaire; pour la même raison, les décisions politiques d'autres organes internationaux doivent aussi être

[1] Voir surtout les observations et réponses de Mme *Bastid*, M. *Coudert*, M. *Gajzago*, M. *Hambro*, M. *Verdross*, ad 12, M. *Verzijl*, et les développements de M. *de Luna*, dont les grandes lignes étaient heureusement connues du rapporteur bien qu'il n'en eût pas en main le texte pendant la préparation du rapport.

soustraites parfois au contrôle judiciaire. C'est lorsqu'il s'agit de ces décisions politiques que l'organe international, dont la décision a été déclarée contraire au droit international, risque de persister à la vouloir exécuter et de compromettre ainsi l'autorité du tribunal international. Il n'y a pas de doute que ceux qui demandent un large contrôle judiciaire des décisions des organes internationaux ont la ferme volonté de rendre plus efficace l'ordre juridique international. Mais on rendrait un mauvais service au droit international en donnant à la justice internationale une tâche qu'elle ne serait pas en état de remplir. D'autre part, en imposant aux décisions politiques des organes internationaux un contrôle judiciaire que les organes nationaux agissant dans l'ordre juridique international ne subissent pas (v. Waline, *l.c.*, p. 99), on risquerait d'affaiblir à la fois *et* l'autorité des organes administratifs ou législatifs internationaux *et* l'autorité des tribunaux internationaux, et cela au profit des forces hostiles à l'ordre juridique international. Cela ne veut pas dire que les organes internationaux, en décidant des questions politiques, soient dispensés d'obéir au droit international. La Cour internationale de Justice a déclaré expressément :

> « Le caractère politique d'un organe ne peut le soustraire à l'observation des dispositions conventionnelles qui le régissent, lorsque celles-ci constituent des limites à son pouvoir ou des critères à son jugement. » (*Recueil des arrêts et avis consultatifs* 1947/48, p. 64.)

Mais il n'y aura pas nécessairement un contrôle judiciaire de l'observation de ces limites du pouvoir.

Reste la tâche délicate de distinguer les décisions politiques des décisions non politiques. Il serait faux, d'abord, d'identifier les décisions politiques avec les solutions d'un différend dit « politique ». La majorité des juristes internationaux voient dans un différend politique un différend entre Etats concernant une demande de l'un d'eux qui tend à changer le droit existant,

et n'est pas, d'après le propre plaidoyer du demandeur, fondée sur un droit. Il y a certainement des décisions d'organes internationaux qui, tout en appliquant le droit international existant, sont politiques, comme par exemple les décisions du Conseil de Sécurité prises en application de l'article 39 de la Charte de l'ONU. Est toujours une question juridique la question de savoir si un fait est conforme ou non au droit international, de même que la question de l'interprétation d'un traité international. Le caractère juridique de ces questions ne disparaît pas parce que le fait dont il s'agit est un événement politique, ou parce que l'interprétation d'un traité entraîne des conséquences politiques importantes. Est toujours une question juridique la question de savoir si le contenu d'une décision quelconque reste dans les limites posées par le droit international bien que ce soit une décision changeant le droit international existant, ou créant une nouvelle règle de droit international; pourtant ce serait un différend politique si un Etat demandait à l'organe de prendre une telle décision et si l'organe refusait, pourvu toujours que l'organe ne soit pas soumis à une obligation juridique de décider. Mais le caractère juridique d'une question n'empêche pas qu'elle puisse être en même temps une question politique. M. Alvarez a dit avec raison : « Bien des questions considérées comme essentiellement juridiques peuvent, dans certains cas, revêtir un caractère surtout politique » (*Recueil des arrêts et avis consultatifs*, 1947/48, p. 69). Tout en étant conçue en termes abstraits, une question d'interprétation de la Charte des Nations Unies, par exemple, peut être une question politique et juridique à la fois. La Cour internationale de Justice avait raison quand elle refusait d'admettre que l'interprétation de la Charte fût réservée aux organes politiques de l'ONU. Puisque l'interprétation d'un traité est toujours une question juridique et puisque la Charte ne réserve pas son interprétation, même quand elle

entraîne des conséquences politiques, à un organe politique de l'ONU, la Cour avait raison de revendiquer le droit d'interpréter la Charte à la demande d'un organe de l'ONU. Mais quand la Cour s'exprime comme suit, son opinion ne paraît pas très convaincante :

> « La Cour ne peut attribuer un caractère politique à une demande, libellée en termes abstraits, qui, en lui déférant l'interprétation d'un texte conventionnel, l'invite à remplir une fonction essentiellement judiciaire. » (*Recueil des arrêts et avis consultatifs*, 1947/48, p. 61.)

Tout le monde savait et sait que la solution de la question posée à la Cour entraînait des conséquences politiques importantes. D'autre part, une question, libellée en termes *concrets*, par exemple la question hypothétique concernant la légalité de la décision du Conseil de Sécurité recommandant l'admission de l'Etat d'Israël à l'ONU, n'aurait-elle pas revêtu le caractère d'une question *juridique* ?

Qu'est-ce donc qu'une question politique ? On ne peut que dire que c'est une décision dont les mobiles ou la portée sont politiques, c'est-à-dire une décision dont il faut s'attendre, à un moment donné, que ceux qui la prennent se laissent guider moins par le motif d'obéir au droit que par le souci de renforcer le pouvoir du groupe politique (des Etats, etc.) dont ils partagent les intérêts. La question de savoir si une décision est de nature politique est une question de fait, dont la réponse varie avec le temps et les circonstances. Il sera impossible, évidemment, d'insérer une telle définition dans une convention internationale, et il sera imprudent de même de faire usage dans un texte conventionnel des mots « décision politique ». Il est vrai que l'article 86 de la Charte de l'Organisation Internationale du Commerce parle de « matières politiques » qui doivent rester en dehors de l'activité de cette organisation. Cette disposition parle de mesures prises par un Etat en relation avec une matière politique portée devant l'ONU conformément

aux chapitres IV et VI de la Charte de l'ONU, et elle prévoit que ces mesures ne tombent pas sous le coup des dispositions de la Charte Internationale du Commerce. Mais on pourra dire, dans une formule peut-être un peu exagérée, qu'est une décision politique elle-même toute réponse à la question de savoir si une décision d'un organe international est une décision politique. Comme le montre très bien la partie de l'annexe P de la Charte Internationale du Commerce concernant l'article 86 [1], tout dépend de qui décide de la question de savoir s'il y a décision politique d'un organe international. Dans l'hypothèse où une convention règlant le contrôle judiciaire des décisions des organes internationaux exclurait les décisions « politiques », il faudrait donc insérer une disposition confiant au tribunal international chargé du contrôle, ou à l'organe international contrôlé, ou encore à une troisième instance le soin de trancher la question. En faisant décider le tribunal international, on lui donnerait une tâche politique et, par conséquent, on l'exposerait à la critique politique avec toutes ses conséquences. En faisant décider l'organe international lui-même, on retomberait dans les erreurs des traités d'arbitrage du 19e siècle, qui donnaient par la clause d'honneur aux Etats ayant une position juridique faible dans un différend, le moyen de se soustraire au règlement judiciaire. Reste la possibilité de faire décider un autre organe politique, par exemple le Conseil Economique et Social de l'ONU; mais cette solution aura souvent le désavantage d'accroître l'excitation des parties, et cette excitation contribuerait elle-même à donner un caractère politique à la décision contestée.

[1] " If any member raises the question whether a measure is in fact taken directly in connection with the political matter . . . the responsibility for making a determination on the question shall rest with the organization. If however political issues beyond the competence of the organization are involved in making such a determination, the question shall be deemed to fall within the scope of the United Nations."

Il est donc préférable de délimiter les décisions politiques d'une manière pour ainsi dire indirecte: 1) D'abord on peut laisser en dehors du contrôle judiciaire *toutes* les décisions d'un organe international dont on croit que la *plupart* de ses décisions seront politiques. Ce seraient, en général, les mêmes organes que ceux dont nous avons parlé sous III *b)*, c'est-à-dire ceux dont le prestige ne supporte pas un contrôle judiciaire. 2) On pourra énumérer aussi pour chaque organe international les matières dans lesquelles l'organe prendra vraisemblablement des décisions politiques. C'est du reste le même système que celui auquel a abouti la jurisprudence administrative française après avoir échoué dans sa tentative de définir les actes de gouvernement (v. Waline, *l. c.*, p. 106).

Mais il est possible aussi de soumettre, en principe, au contrôle judiciaire, toutes les décisions d'un organe et d'en exclure une partie seulement de la décision, celle dont la nature est politique. Il arrive souvent que le droit international lui-même laisse aux organes internationaux une certaine liberté quand ils forment une décision, et qu'il permette à l'organe international de se laisser guider par des considérations politiques en faisant usage de cette liberté. Au lieu des considérations d'opportunité économique ou technique, ce sont des considérations d'opportunité politique qui peuvent être permises à un organe international par le droit international. Tout en rejetant « un pouvoir discrétionnaire indéterminé et pratiquement sans limites dans l'exigence de conditions nouvelles », pour l'admission de nouveaux membres à l'Organisation des Nations Unies, la Cour internationale de Justice reconnaît par exemple que le Conseil de Sécurité a une certaine liberté de choisir les motifs de ses décisions, et que l'article 4 de la Charte « fixe le cadre dans lequel s'exerce cette liberté, cadre qui comporte une large liberté d'appréciation ». De même que le domaine de la discrétion technique ou écono-

mique d'un organe international doit être incontrôlable quand les connaissances des membres de l'organe international en matière technique ou économique sont supérieures à celles du tribunal international chargé du contrôle judiciaire, le domaine de la discrétion politique doit être exclu du contrôle judiciaire. Une difficulté pratique surgira du fait que les traités qui autorisent un organe international à prendre des décisions sans prévoir d'ailleurs de recours judiciaire ne déterminent pas encore, en général, le domaine où l'organe international peut agir selon sa discrétion. En introduisant le contrôle judiciaire de ces décisions, on devra donc fixer exactement le domaine du pouvoir discrétionnaire de l'organe international. Quand il n'est pas possible, ou quand on a omis de le faire, la même question se pose encore une fois : qui déterminera les limites du pouvoir discrétionnaire politique, l'organe international ou le tribunal international ? Cette fois — c'est-à-dire quand, en principe, la décision est soumise au contrôle judiciaire — on pourra laisser au tribunal international le soin de dire où se trouvent, à son avis, les limites du pouvoir discrétionnaire politique accordé à l'organe international par le droit international. En affirmant la possibilité d'un domaine où l'organe international pourra agir selon sa libre appréciation et sans contrôle juridictionnel, on aborde naturellement le problème de la transposition en droit international des règles du droit étatique concernant l'abus du pouvoir discrétionnaire, etc. Le Traité constituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier se trouve sur un autre chemin, non sans dangers, en soumettant en principe les délibérations du Conseil et de l'Assemblée, qui seraient dans la plupart des cas des décisions politiques, au contrôle judiciaire, tout en restreignant les moyens du recours à ceux tirés de l'incompétence ou de la violation de formes substantielles (art. 38).

VI. Le contrôle judiciaire des décisions des organes internationaux examiné du point de vue des diverses objections possibles contre une décision

Nous avons déjà souligné que le contrôle judiciaire par un tribunal international doit être restreint aux questions juridiques. Le tribunal international doit examiner si l'organe international a violé le droit international en prenant la décision critiquée. Touchent aussi à l'application correcte du droit les questions de la justesse des jugements en matière technique, économique, etc., par l'organe international en application d'un texte régissant son activité; pour des raisons que nous avons expliquées plus haut, ces parties des décisions devront très souvent être soustraites au contrôle judiciaire [1]. D'autre part, il se peut que des limites soient posées au pouvoir discrétionnaire de l'organe international en autorisant le tribunal international à constater un « détournement de pouvoir » (v. art. 33 du Traité constituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier), notion donnant au tribunal international une grande liberté de déterminer ce que serait un détournement de pouvoir. Mais il reste à savoir si l'on devra faire examiner par le tribunal international toutes les objections, même purement juridiques, soulevées contre la décision. Est-ce qu'il ne faut pas examiner seulement les objections dénonçant des violations du

[1] Une admission très remarquable de ce que toute question économique soulevée au cours d'une application d'une règle de droit est elle-même une question d'application du droit et, par conséquent, une question juridique, se trouve à l'article 33 du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, qui, après avoir exclu en principe du contrôle judiciaire l'appréciation des faits économiques, permet à la Cour de justice cette appréciation quand il y a méconnaissance patente des dispositions du Traité.

droit qui entraînent la nullité de la décision ? Ne faut-il pas refuser de faire examiner une prétendue violation du droit qui n'influe pas sur la validité de la décision ? La réponse à cette question dépend de la réponse à une question préliminaire : existe-t-il des violations du droit par un organe international qui n'entraînent pas la nullité de la décision ? Il se peut naturellement qu'une convention introduise une telle distinction. En droit international commun, il est extrêmement difficile de dire quels sont les vices d'une décision qui ne sont pas assez graves pour entraîner sa nullité. Plusieurs membres de la Commission ont proposé de laisser en cette matière au tribunal international une certaine liberté d'appréciation, et de favoriser de cette manière le développement d'un *case law*. En tout cas, il sera utile que les conventions introduisant le recours judiciaire contre les décisions d'un organe international règlent expressément les conséquences de tous ou de quelques vices. Bien que l'absence d'un contrôle judiciaire pour les vices mineurs puisse inciter les organes internationaux à les commettre sans hésitation, il semble que le contrôle judiciaire doive être restreint à l'examen des vices qui entraînent la nullité de la décision. La Cour de justice prévue par le Traité constituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier est compétente, en contrôlant la Haute Autorité, pour se prononcer sur les recours en annulation pour toute incompétence, toute violation du Traité et des règles de droit relatives à son application, et pour tout détournement de pouvoir, mais seulement pour violation de formes *substantielles* (art. 33). D'autre part, il n'y a annulation des délibérations du Conseil et de l'Assemblée que pour incompétence ou violation de formes substantielles (art. 38). Rien n'est dit sur les moyens à avancer dans le cas du recours d'un Etat contre la décision de la Haute Autorité constatant la violation de la convention par un Etat (art. 88).

Une autre question se pose, celle de savoir s'il faut per-

mettre le contrôle judiciaire d'une décision originairement vicieuse et nulle, mais qui est devenue valable après un certain laps de temps (v. plus bas VII *a)* 2). Ici aussi il paraît inutile d'introduire un contrôle judiciaire purement théorique. Si l'objection soulevée contre la décision devenue inattaquable avec le temps touche une question de droit vraiment importante pour d'autres cas, un avis consultatif d'un tribunal international répondant à la question abstraite suffira.

Parmi les décisions d'organes internationaux qui créent des droits ou des obligations, ou des règles de droit international public, une situation spéciale mérite notre attention. Il se peut que toutes les parties à une convention collective soient représentées dans un organe international par des personnes soumises aux ordres de leurs gouvernements, que toutes les décisions de l'organe doivent être prises à l'unanimité des représentants de tous les membres de l'organisation, et que la décision en question ait été prise à l'unanimité des voix. Telle décision peut être assimilée à un traité conclu dans une forme extraordinaire par les Etats représentés dans l'organisation internationale. Faut-il admettre un recours judiciaire contre une telle décision si, plus tard, un Etat représenté dans l'organe international est d'avis que l'organe n'était pas compétent pour prendre la décision, ou qu'il a violé les règles concernant sa procédure ? Il semble qu'il faudra exclure ou non le recours judiciaire dans ce cas, selon la situation et les fonctions particulières de chaque organe international.

Dans la mesure où le recours judiciaire pour violation du droit sera permis, d'après ce que nous venons de dire, faudra-t-il admettre sans distinction pour toutes les prétendues violations du droit, ou le limiter parfois à certains motifs ? Les réponses des membres de la Commission parvenues au rapporteur expriment deux tendances opposées. Quand il y a contrôle judiciaire, disent les uns, il faut examiner toutes les questions de droit. Il

faut accoutumer les gouvernements nationaux à se soumettre aux organes internationaux, disent les autres, et il sera parfois utile de limiter les objections donnant droit au recours. Nous voilà encore une fois devant l'antagonisme des principes qui apparaît dans tout ce rapport : le juriste, qui est appelé à donner son avis sur la question du contrôle judiciaire des organes internationaux, se trouve entre Charybde et Scylla : il voudrait soutenir le prestige des organes internationaux, et il voudrait empêcher les abus de pouvoir de ces mêmes organes. Mais souvent l'un n'est possible que si l'on renonce à l'autre. Il dépend, semble-t-il, du degré de l'évolution de l'organisation internationale de savoir quel chemin il faut préférer : tant que les forces supportant l'organisation internationale comme telle sont faibles par rapport aux Etats, il faut être prudent en introduisant ou en étendant le contrôle judiciaire des décisions des organes internationaux; dans une organisation internationale future, où les organes internationaux auront une place assurée et forte, un contrôle serait utile, sinon indispensable. Parfois il sera difficile de dire s'il y a violation d'une *règle de droit* par l'organe international, parce que le caractère obligatoire des « directives » etc., données souvent à l'organe international par un texte ou par un autre organe est douteux. C'est par exemple le cas de l'article 405 du Traité de Versailles [1], qui dispose que la Conférence internationale de Travail, en préparant une résolution, doit « avoir égard » aux pays dans lesquels le climat, etc., rendent les conditions de l'industrie essentiellement différentes de celles de la plupart des autres pays. En général, le contrôle judiciaire ne devra pas embrasser le contrôle de l'obéissance à de telles directives (*Sollvorschriften*).

---

[1] Voir maintenant l'article 19 § 3 de la constitution de l'Organisation internationale du Travail.

Le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier fait une distinction entre le contrôle des actes de la Haute Autorité et celui des actes du Conseil et de l'Assemblée : il y a contrôle presque illimité des décisions de la Haute Autorité, tandis que les moyens de recours contre les délibérations des deux autres organes sont restreints de manière que le contrôle de la légalité du contenu de leurs décisions est exclu (v. plus haut p. 37). Lorsqu'il existe des restrictions aux motifs justifiant le recours, il faudra les appliquer, semble-t-il, à tous les sujets de droit admis à former le recours. Faire une distinction, comme le fait l'article 38 de la Convention pour le Danube de 1921, semble ici injustifié.

VII. Les possibilités actuelles de contrôle judiciaire des décisions d'organes internationaux et la nécessité d'introduire une procédure spéciale pour ce contrôle

Avant d'affirmer formellement la nécessité d'introduire un recours spécial contre les décisions d'organes internationaux susceptibles d'un contrôle judiciaire d'après ce que nous avons exposé sous II-V, il faut examiner les possibilités existantes de contrôle, et se demander si elles suffisent. Il faut rechercher surtout s'il existe déjà un système spécial de contrôle des décisions d'organes internationaux, et quels sont les résultats pratiques de ce système.

a) 1) Quand il est prétendu d'une part, et contesté d'autre part, que la décision d'un organe international a fait naître des droits ou des obligations entre des sujets de droit international, le droit international actuel permet déjà que ce problème soit tranché par le jugement d'un tribunal international; il suffit pour cela que le règlement d'un tel différend par un

tribunal international ait été prévu par un traité. Le fait que les droits ou les obligations sont nés de la décision d'un organe international n'empêche pas que la Cour internationale de Justice, ou un tribunal arbitral, jugent de l'existence de ces droits ou obligations; il suffit que les parties au litige se soient soumises à la juridiction du tribunal. Ceci s'applique même si l'organe international doit son existence à un traité collectif et si, parmi les Etats parties au traité collectif en vertu duquel l'organe international a pris sa décision, il en est qui n'ont pas accepté la juridiction de ce tribunal. Il en est autrement si le traité collectif établissant l'organe international défend aux parties contractantes de soumettre leurs différends concernant les décisions de cet organe à une procédure judiciaire ou arbitrale non prévue dans le traité collectif; l'article 92 de la Charte de l'Organisation Internationale du Commerce, par exemple, oblige les membres à renoncer au règlement de leurs différends par d'autres instances que celles prévues dans la Charte elle-même. Si une telle défense n'existe pas, le tribunal international pourra, en réglant un différend entre Etats, examiner non seulement la validité de la décision d'un organe international comme question préliminaire, mais elle pourra prononcer un jugement, constatant expressément que, dans les rapports entre les Etats en litige, la décision doit être regardée comme contraire au droit international et, par conséquent, nulle. Le fait que le tribunal international ne peut pas annuler formellement la décision comme telle [1] (fait auquel M. Gros, *l.c.*, p. 268, attache une grande valeur) ne me paraît pas de grande importance; si le tribunal prononce que la décision ne fait pas naître des droits ou obligations entre les parties, un

[1] Il peut le faire quand il y a disposition expresse à cet effet dans le traité instituant l'organe international, v. article 32 de la constitution de l'Organisation internationale du Travail.

tel jugement produit le même effet pratique que l'annulation formelle de la décision.

Du fait que la Cour internationale de Justice ou un tribunal arbitral ont, en principe, la faculté de juger un litige entre Etats concernant la validité de la décision d'un organe international, il ne suit pas que le tribunal international se regardera toujours comme autorisé à examiner la légalité de cette décision. Le tribunal international ne le fera pas quand il sera d'avis que l'intention du traité international créant l'organe international était de laisser ce dernier décider définitivement. Il sera souvent très difficile de dire si les parties à une convention ont voulu que l'organe international décide définitivement. Il suffit de considérer deux exemples : le Conseil de Sécurité constate une menace à la paix et ordonne des sanctions contre l'Etat coupable aux yeux du Conseil. Cet Etat conteste avoir menacé la paix et demande aux Etats participant aux sanctions la réparation des dommages causés par elles. L'Etat demandeur fonde la compétence de la Cour internationale de Justice sur le fait que les Etats défendeurs et l'Etat demandeur ont tous adhéré à la clause facultative sans réserve. La Cour devra donc se demander si les signataires de la Charte des Nations Unies ont voulu que les décisions du Conseil de Sécurité conformément à l'article 39 soient définitives, c'est-à-dire que la légalité de ces décisions ne puisse être mise en question par aucun Etat et par aucune instance internationale. C'est seulement s'il était répondu négativement à cette question, qui n'est pas résolue expressément dans la Charte de l'ONU, que la Cour internationale de Justice se considérerait comme autorisée à examiner la légalité de la décision du Conseil de Sécurité dans un différend entre membres de l'ONU. D'après l'article 19 de l'Accord International sur le Blé, le Conseil International du Blé connaît de tous les différends portant sur l'interprétation et l'application de la convention et sur les prétendues violations

de celle-ci. L'Accord International sur le Blé ne prévoit pas de recours à la Cour internationale de Justice contre les décisions du Conseil. Le chapitre VIII de la Charte de l'Organisation Internationale du Commerce, au contraire, tout en disposant que les organes de l'Organisation règlent les différends concernant l'application ou la violation de la convention, prévoit que les décisions de l'Organisation pourront être soumises à la Cour internationale de Justice, à laquelle un avis consultatif serait demandé. Lorsqu'on compare la Charte de l'Organisation Internationale du Commerce et l'Accord International sur le Blé, on se demande s'il faut conclure de la différence susmentionnée que les parties à l'Accord International sur le blé ont voulu que les décisions du Conseil soient inattaquables et incontrôlables. Il se pourrait aussi que la décision d'un organe international soit déclarée définitive pour un certain nombre d'Etats, et que la question de la légalité de la décision soit soulevée comme question préliminaire dans un procès avec un Etat pour lequel la décision n'est pas définitive. Si c'est le même tribunal qui doit décider dans l'un et dans l'autre cas, il devra une fois refuser, et l'autre fois accepter de pratiquer ce contrôle, cas qui sera heureusement très rare.

2) Mais on pourra aussi se poser la question quand il ne ressort pas d'un traité que la décision du tribunal international est définitive et par conséquent incontrôlable : dans l'état actuel du droit international un tribunal international pourra-t-il contrôler, sans limitation quelconque dans le temps, la légalité de la décision d'un organe international ? Est-ce qu'il n'existe pas, en droit international, une certaine force juridique des décisions originairement vicieuses, force juridique qu'elles acquièrent surtout par l'écoulement du temps ?

Le contrôle des actes d'un organe étatique par un tribunal civil ou administratif en droit interne présuppose certains faits qui se comprennent d'eux-mêmes, et si facilement qu'ils

échappent souvent à l'attention des juristes. Chaque acte d'un organe étatique a l'apparence de la légalité; beaucoup d'actes des organes étatiques jouissent d'une présomption juridique de légalité; enfin, la plupart même des actes contraires au droit acquièrent la force juridique de la chose jugée, c'est-à-dire qu'ils deviennent exécutoires et inattaquables quand leur légalité n'est pas contestée en temps utile. On justifie tout cela par l'autorité de l'Etat et par son pouvoir envers les citoyens; c'est un sujet de spéculations juridiques et philosophiques de savoir si cet état de choses est absolument nécessaire, mais il faut se rappeler que la force de chose jugée des jugements des tribunaux et, encore plus, des décisions émanant d'autres organes étatiques, est une création relativement récente du droit positif; il faut se rappeler que la *res judicata* est inconnue du droit anglais du moyen âge et aujourd'hui encore du droit matrimonial canonique.

En droit international public, il manque la base idéologique de la force juridique que les actes publics possèdent dans le droit étatique; par rapport aux organes nationaux ou aux Etats, l'organe international ne possède pas le prestige d'une autorité supérieure. S'ensuit-il que, en droit international, la décision vicieuse, bien que non contestée, doive être pour toujours nulle ou annulable par un tribunal international ? On sait que la question a trouvé une réponse particulière au domaine des décisions des tribunaux internationaux. Les Etats ont reconnu aux sentences des tribunaux arbitraux la force de chose jugée, mais assez tard puisque même au 19e siècle des Etats ont parfois refusé de se conformer à un jugement d'un tribunal arbitral en prétendant que le jugement était faux ou vicieux et, par conséquent, nul. Pourtant il est reconnu aujourd'hui que la force juridique des décisions d'un tribunal arbitral ne peut être contestée que lorsqu'une des causes de nullité absolue, énumérées par une convention ou par la doc-

trine, est prouvée. Bien que l'on ne reconnaisse pas une force juridique analogue aux décisions vicieuses des organes internationaux autres que les tribunaux, il est admis que le principe de l'estoppel (Verschweigung, *venire contra factum proprium*), qui est un principe général de droit reconnu par les nations civilisées, permet de rejeter une objection, même fondée en droit, contre la validité d'une décision d'un organe international, si elle est soulevée trop tard.

3) Il y a différend entre Etats quand un Etat allègue l'existence de droits ou d'obligations qu'un autre Etat conteste. Ce sont surtout les décisions citées *supra* sous chiffre III *a)-e)*, et *i)* qui peuvent être l'objet d'un différend entre Etats, et, de ce fait, celui d'un contrôle par un tribunal international, quand un Etat prétend que la décision a fait naître à son profit un droit ou qu'elle a supprimé une obligation qui lui incombait. Les décisions mentionnées sous III *f)-h)* ne peuvent pas, en général, être la source de différend sur les droits et les obligations d'un Etat envers un autre Etat. Pourtant, la Cour internationale de Justice pourra contrôler aussi les décisions de cette sorte, quand deux Etats lui soumettent leur divergence d'opinion sur la légalité de la décision, sous la forme d'un différend ayant pour objet l'interprétation d'un traité international ou un point de droit international.

Dans quelques cas particuliers, il est expressément prévu par un traité que les différends entre Etats se rapportant à la décision d'un organe international seront soumis comme tels à un contrôle juridictionnel. L'article 52 de l'Acte de navigation pour l'Elbe, par exemple, parle de différends entre Etats concernant la décision de la Commission fluviale, en prévoyant la compétence de la Cour internationale de Justice ou de la Société des Nations, qui sont appelées à régler les différends dans la procédure ordinaire de règlement des différends internationaux.

Les possibilités existantes d'un règlement judiciaire des différends entre Etats permettent donc dans une large mesure qu'un tribunal international examine la validité de la décision d'un organe international surtout comme question préliminaire. On pourrait parler, dans ces cas, d'un *contrôle indirect* des décisions d'organes internationaux. Ce système ne paraît pas complètement injustifié. L'Etat qui attaque la décision d'un organe international sait que ce sont certains autres *Etats* qui sont, en réalité, ses adversaires. Ce que la Cour internationale de Justice a dit à propos des décisions du Conseil de Sécurité et de l'Assemblée générale sur l'admission de nouveaux membres à l'Organisation des Nations Unies est significatif : « Le jugement de l'organisation signifie le jugement des deux organes mentionnés dans le paragraphe 2 de l'article 4, et, en dernière analyse, *celui de ses Membres*. La question posée concerne l'attitude individuelle de chaque Membre appelé à se prononcer sur l'admission. » (*Recueil des arrêts et avis consultatifs*, 1947-48, p. 62.) Il est encore très rare que la décision d'un organe international soit déterminée plus par les intérêts de la bureaucratie de l'organisation internationale que par les intérêts concordants d'une majorité d'Etats.

Mais les possibilités actuelles du contrôle indirect des décisions d'organes internationaux sont, évidemment, insuffisantes à d'autres points de vue : d'abord, une décision de la Cour internationale de Justice ou d'un tribunal arbitral ne lie que les parties qui ont pris part à la procédure. Deuxièmement, seuls les Etats peuvent être parties devant la Cour, tandis que l'organe international lui-même ne peut figurer dans un procès devant la Cour ni comme défendeur, ni comme partie intervenante. L'organisation dont dépend l'organe international, elle aussi, ne peut pas être partie dans un procès devant la Cour, et elle n'est par conséquent pas liée par le jugement. L'article 93 § 2 de la Charte de l'Organisation Internationale

du Commerce souligne qu'un tribunal d'arbitrage saisi par deux membres, d'un différend né de la Charte ne peut pas lier par son jugement l'Organisation Internationale du Commerce elle-même. Dans le droit actuel il existe, avant tout, le danger qu'une décision d'un organe international soit déclarée valable dans un procès entre les Etats A et B, et que la même décision soit déclarée nulle par un autre tribunal dans un différend entre les Etats A et C, ou C et D. Enfin le contrôle indirect de la décision pourra avoir lieu en tout temps pour autant que le principe de l'estoppel n'empêche une partie de nier la validité de la décision; mais, en pratique, il est important d'établir, le plus vite possible, au moyen du contrôle judiciaire, si une décision d'un organe international est valable ou non.

b) On comprend donc qu'on ait essayé déjà à plusieurs reprises de créer un recours spécial, dirigé directement contre la décision d'un organe international. La Convention du Danube de 1921, notamment à son article 38 [1], part de l'idée que le recours sera dirigé contre la décision de l'organe international comme tel; puisque le Statut de la Cour permanente de Justice internationale ne connaissait que le règlement des différends entre Etats, cette idée ne pouvait pas être réalisée complètement. Parfois on a prévu la possibilité d'un appel à un organe international non judiciaire contre la décision d'un autre organe international; l'article 39 du Protocole de Paris entre la Pologne et la Ville libre de Dantzig du 9 novembre 1920 parle de la possibilité de faire appel au Conseil de la Société des Nations contre les décisions du Haut-Commissaire. C'était

[1] « Tout Etat qui serait en mesure d'invoquer, contre une décision de la Commission Internationale, des motifs basés sur l'incompétence ou sur la violation de la présente Convention, pourra en saisir, dans un délai de six mois, la juridiction spéciale organisée par la Société des Nations. »

naturellement moins un contrôle juridictionnel qu'un contrôle politique. L'article 20 du règlement concernant la Commission du régime des eaux du Danube prévoyait qu'un Etat, au cas où un différend surgirait du fait des résolutions de la Commission, pouvait en saisir la Société des Nations. Contre les décisions du Conseil Exécutif de l'Organisation Internationale du Commerce, il y a le recours à la Conférence de l'Organisation (v. art. 95 de la Charte).

Récemment on a pensé à utiliser les avis consultatifs de la Cour internationale de Justice pour contrôler les décisions d'organes internationaux. La Charte des Nations Unies et les arrangements de l'Organisation des Nations Unies avec certaines institutions dites institutions spécialisées — comme par exemple l'Union Postale — prévoient expressément qu'un avis consultatif de la Cour peut être demandé par un organe de l'ONU ou une institution spécialisée. On peut s'attendre à ce que tels avis consultatifs seront demandés par les organisations internationales surtout afin de constater judiciairement si une décision d'un organe de l'institution spécialisée est vicieuse ou non. C'est la Charte de l'Organisation Internationale du Commerce qui fait le plus large usage des avis consultatifs de la Cour de Justice Internationale pour contrôler les décisions des organes de l'Organisation Internationale du Commerce.

L'article 96 de la Charte du Commerce dispose :

« 1° L'organisation pourra, conformément à des accords conclus en application des dispositions du paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte des Nations-Unies, demander à la Cour internationale de Justice des avis consultatifs sur les questions juridiques qui se poseraient dans le cadre des activités de l'Organisation. — 2° Toute décision de la Conférence prise en vertu de la présente Charte devra, à la requête de tout Etat Membre dont les intérêts sont lésés par cette décision, faire l'objet d'une revision par la Cour internationale de Justice, au moyen d'une demande d'avis consultatif présentée dans les formes requises, conformément au Statut de la Cour. — 3° La demande d'avis sera accompagnée d'un exposé de la question

sur laquelle l'avis est demandé, ainsi que de tous documents pouvant servir à élucider la question. Cet exposé sera fourni par l'organisation, conformément au Statut de la Cour, après consultation avec les Etats Membres intéressés de façon substantielle. — 4° Jusqu'à ce que la Cour ait prononcé son avis, la décision de la Conférence produira tous ses effets. Cependant, la Conférence suspendra l'application de cette décision jusqu'à ce que la Cour ait prononcé son avis, si la Conférence estime que cette application causerait un préjudice difficilement réparable à un Etat Membre en cause. — L'Organisation se considérera liée par l'avis de la Cour pour toute question qu'elle lui aura soumise. La décision en cause sera modifiée dans la mesure où elle ne sera pas conforme à l'avis de la Cour. »

Déguisé sous la forme d'un avis consultatif, reconnu comme liant juridiquement une organisation internationale, il existe donc déjà un contrôle judiciaire spécial et direct des décisions d'un organe international.

Mais le système du contrôle judiciaire au moyen des avis consultatifs de la Cour n'est pas parfait. La Cour n'est pas obligée de donner son avis, et il semble qu'on n'estime pas suffisante la clause selon laquelle l'organisation se considérera comme liée par l'avis de la Cour. Une Résolution de la Conférence Internationale du Commerce dispose que la Commission intérimaire de l'Organisation Internationale du Commerce doit examiner avec les fonctionnaires compétents de la Cour internationale de Justice « s'il faut modifier la procédure prévue dans la Charte pour les avis consultatifs de sorte que les décisions de la Cour sur les questions dont elle est saisie par l'Organisation aient, à l'égard de celle-ci, valeur de jugement ». Et, en tout cas, il ne faudrait pas faire usage des avis consultatifs de la Cour contre le sens original de cette institution, en les transformant en un jugement prononcé sans procédure contentieuse.

Il serait injustifié de prétendre que, d'après le droit international actuel, les décisions d'organes internationaux ne puissent point être contrôlées par les tribunaux internationaux

ou les tribunaux d'arbitrage. Il me paraît donc qu'on ne peut pas parler d'une vraie et grande lacune du droit international. Mais il est souhaitable que les décisions des organes internationaux deviennent l'objet d'un contrôle judiciaire spécial *constatant directement dans une procédure contentieuse* leur validité ou leur invalidité, *avec effet envers tous les sujets de droit international intéressés*, et tout cela *dans un délai raisonnable*. Le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, cité déjà souvent dans ce rapport, est le premier traité qui semble réaliser ces demandes. Il prévoit le recours en annulation ou la pleine juridiction d'une cour de justice spéciale pour juger sur la légalité des décisions des divers organes de la communauté, et elle soumet en même temps à la juridiction de la Cour tout différend entre Etat membre au sujet de l'application du Traité qui n'est pas susceptible d'être réglé par une autre procédure prévue au Traité (art. 89).

VIII. Détails de la procédure spéciale à prévoir pour le contrôle des décisions d'organes internationaux

Avant d'examiner comment un tel recours spécial pourra être introduit dans le droit international, il est utile de donner une idée des détails de cette procédure et des problèmes qui y sont rattachés.

a) Il est possible d'abord, comme nous l'avons vu *supra*, qu'il faille préciser les sortes des décisions à soumettre au contrôle, et, d'autre part, dispenser du contrôle certains points des décisions, par exemple les questions résolues discrétionnairement ou pour des motifs d'opportunité, les constatations de fait, etc.; il est possible aussi que le contrôle doive être restreint tout d'abord à certains aspects, par exemple au

contrôle de la compétence de l'organe international. C'est toujours le caractère individuel de chaque organe international et la nature de ces diverses décisions qui indiqueront s'il faut instituer un contrôle illimité ou s'il faut restreindre le contrôle dans l'une ou l'autre direction.

b) L'objet d'une telle procédure, le but des demandes de parties, et le contenu du dispositif du jugement, seraient en premier lieu la constatation de la validité ou de l'invalidité de la décision. Nous avons rejeté le contrôle judiciaire aux fins de constater des vices qui n'influent pas sur la validité de la décision (v. VI). Mais le tribunal constatant l'invalidité de la décision devrait avoir aussi juridiction pour ordonner la suppression de toutes mesures déjà prises pour exécuter la décision, et il devrait avoir juridiction pour adjuger des dommages-intérêts au sujet lésé par l'exécution d'une décision invalidée plus tard par le tribunal international. Le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier a introduit une demande spéciale d'indemnité par une entreprise ayant subi un préjudice par une décision de la Haute Autorité, annulée par la Cour de Justice. Le problème de l'exécution forcée de tous ces jugements reste en dehors des investigations de la Commission, mais nous avons vu auparavant (v. p. 14) qu'il faut être prudent en introduisant le recours judiciaire dans des cas où l'on peut s'attendre à ce que le jugement ne soit ni respecté ni exécuté.

Il y a des cas où un organe international est obligé, quand certains faits sont réalisés, de prendre une décision dont le contenu est déterminé aussi par le droit, par exemple, de donner une permission, etc. S'il refuse à tort de prendre cette décision, ou s'il donne à la décision un autre contenu que celui prévu par le droit, le tribunal international appelé à contrôler les décisions de cet organe serait-il autorisé à prendre lui-même une décision correcte ? Le silence prolongé d'un organe

international envers la partie qui lui demande une décision permet-il au tribunal contrôlant de prendre lui-même la décision ? Supposons par exemple que la Cour internationale de Justice soit autorisée à constater que le Conseil de Sécurité a refusé à tort l'admission de nouveaux membres dans l'ONU [1], est-ce que la Cour elle-même pourra recommander l'admission à la place du Conseil ? Quand un tribunal compétent constate qu'un organe de l'Organisation Internationale du Commerce a refusé à tort de donner une permission prévue dans la Charte, ce tribunal pourra-t-il donner cette permission à la place de l'organe ? Faire décider le tribunal au lieu de l'organe international serait possible surtout quand il y a contrôle global d'une décision, sans restrictions pour les questions techniques, etc. Mais ce sera dans des cas exceptionnels seulement que l'on voudra donner une si grande compétence à un tribunal international. L'article 34 du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier dispose seulement qu'en cas d'annulation d'une décision de la Haute Autorité, celle-ci est tenue de prendre les mesures que comporte l'exécution de la décision d'annulation. L'article 35 prévoit que, si la Haute Autorité refuse à tort de prendre une décision, un recours peut être formé devant la Cour.

c) Qui aura qualité pour recourir contre la décision ? On sait que, dans le droit administratif et constitutionnel interne, c'est là une question très délicate. Une réglementation convenable en droit international pourrait partir de l'article 62 du Statut de la Cour internationale de Justice, permettant à un tiers Etat d'intervenir dans un procès entre deux Etats, quand il prouve avoir un intérêt d'ordre juridique dans le différend.

---

[1] Il ressort de ce qui a été dit sous III *b)* et sous IV que nous ne sommes pas d'avis que la Cour est autorisée, ou devrait être autorisée, à faire cette constatation.

Chaque Etat autorisé à intervenir, au sens de l'article 62 du Statut de la Cour internationale de Justice devrait être considéré comme autorisé de plein droit à recourir contre la décision d'un organe international. Chaque Etat ainsi autorisé à recourir devrait aussi être autorisé à intervenir dans la procédure commencée par un autre Etat, et à se joindre au demandeur ou au défendeur. La question de l'intérêt juridique justifiant le recours soulève des difficultés, si des recommandations ou des mesures préparatoires sont, elles aussi, regardées comme des « décisions » soumises au contrôle juridictionnel (v. III *f-g*). On devra en tous cas voir un intérêt justifiant le recours dans le fait qu'un Etat est partie à la convention instituant un organe international, ou attribuant certaines fonctions à un organe international déjà existant en vertu d'un autre traité. Mais quand le même organe international exerce ses fonctions en vertu de plusieurs conventions avec des parties différentes [1], il sera parfois difficile de dire si la décision dont on veut contester la validité, a été prise en vertu de l'une ou l'autre convention, et si les Etats parties à l'une ou à l'autre convention sont ceux qui ont le droit de former le recours. Une convention qui institue un organe international accorde parfois des droits aux Etats non signataires; les conventions concernant la liberté de la navigation fluviale par exemple, disposent parfois que même les Etats non-signataires sont autorisés dans certaines circonstances à recourir contre les décisions des Commissions fluviales (v. art. 38 du Statut du Danube de 1921 et art. 52 de l'Acte de navigation pour l'Elbe). C'est surtout l'activité de l'ONU qui provoque des situations où un organe international prend une décision affectant un Etat non-membre

[1] Le Conseil de la Société des Nations, par exemple, exerçait nombre de ses fonctions en vertu de traités spéciaux et pas en vertu du Pacte de la Société des Nations.

de l'ONU; il paraît souhaitable de soumettre ces décisions au contrôle juridictionnel sur la demande de tout Etat intéressé, qu'il soit ou non membre des Nations Unies, pourvu qu'il existe un contrôle judiciaire pour les décisions de cet organe.

Faut-il admettre le recours de la part d'une organisation ou d'un organe international autre que celui qui a rendu la décision dont la validité est contestée ? Leur admission semble recommandable s'ils ont des intérêts juridiques en cause. Il se peut, par exemple, que la décision d'un organe dépendant d'une organisation spécialisée de l'ONU viole les droits accordés à une autre organisation internationale par un accord conclu entre deux organisations. Dans ce cas il me paraît utile de donner le droit de recourir à l'organisation qui se regarde comme lésée par la décision (v. aussi Kelsen, *l. c.*, p. 485). En revanche, il faudrait user de précaution avant d'admettre la plainte d'un organe dépendant d'une organisation internationale contre un autre organe de la même organisation (par exemple Assemblée générale et Conseil de Sécurité dans l'ONU) au sujet d'une décision prise par l'autre organe. Mais tout cela dépend de la question de principe si un organe international ou une organisation internationale peuvent être parties dans un procès devant un tribunal international déterminé (v. plus bas sous *c)*). Le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, qui, à mon avis, pêche par l'excès des organisations et des mesures prévues, autorise le Conseil à former recours contre les décisions de la Haute Autorité (art. 33), et il autorise la Haute Autorité à demander l'annulation des délibérations du Conseil (art. 38).

Si l'on étend le contrôle juridictionnel des décisions d'organes internationaux agissant à la place d'un organe national à la légalité de ces décisions du point de vue du droit interne d'un certain territoire (v. III *i)*), on se trouve, dans un tel cas surtout, devant le problème de savoir s'il faut autoriser des personnes

privées à recourir[1]. La réponse dépend évidemment des circonstances. L'article 33 du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier autorise les entreprises de charbon ou d'acier à former un recours contre les décisions individuelles de la Haute Autorité, mais seulement pour détournement de pouvoir, à leur égard; elles peuvent même recourir contre les décisions générales. De plus elles peuvent recourir contre les décisions portant sanctions pécuniaires (article 36).

c) Plus compliquée encore est la question de la « légitimation passive » dans cette procédure. En général un Etat ou l'autre, intéressé à défendre la validité de la décision, interviendra comme nous avons dit *supra*, et assumera le rôle de défendeur.

Mais il est possible qu'un tel Etat ne se trouve pas. Faut-il prévoir alors la possibilité pour l'organe international de défendre lui-même la validité de sa décision devant le tribunal ? On ne peut nier que certains organes internationaux aient tendance à mener une vie indépendante des Etats; on favoriserait cette évolution si on leur faisait jouer le rôle du défendeur devant un tribunal international. Il semble qu'on ne peut ni affirmer la nécessité, ni nier l'utilité, d'une disposition autorisant l'organe international à se constituer partie au procès. Mais même si l'on ne veut pas accorder à l'organe international ce droit, on devra lui donner le moyen d'exprimer son opinion sur le recours et de renseigner le tribunal (v. art. 34 §§ 2 et 3 du Statut de la Cour internationale de Justice).

Quand l'organe international dépend d'une organisation internationale (union d'Etats, etc.) reconnue sujet de droit international, on pourrait soutenir qu'il faut confier à cette organisation le rôle de défenderesse de la décision de son organe. La faculté donnée à plusieurs organisations interna-

[1] Sur le recours des fonctionnaires internationaux à un tribunal international de cassation, voir les remarques de Mme *Bastid.*

tionales de demander un avis consultatif à la Cour internationale de Justice est déjà un pas en avant sur le chemin conduisant à l'octroi aux organisations non-étatiques de la pleine capacité de se constituer partie dans tous les procès devant la Cour internationale de Justice, capacité qui leur est refusée aujourd'hui pour la procédure contentieuse par l'article 34 du Statut de la Cour. Si l'organisation internationale elle-même assumait le rôle de défendeur des décisions de ses organes, cela pourrait causer des difficultés au sein de l'organisation elle-même, surtout quand il s'agit de savoir par qui l'organisation sera représentée devant le tribunal. De plus, si un membre de l'organisation, qui se croit lésé par la décision d'un seul organe, devait actionner l'organisation comme telle, cela aurait des inconvénients. Les doutes existant sur la validité de la décision prouvent qu'il existe des différends entre les membres de l'organisation, mais non pas entre les membres et l'organisation elle-même. Le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier regarde comme partie défenderesse l'organe de la communauté qui a pris une décision, de même qu'il autorise un tel organe à recourir contre la décision d'un autre organe de la communauté (v. art. 20 du Protocole sur le Statut de la Cour de Justice annexé à la Convention). D'autre part ce sera la communauté qui pourra être condamnée à payer des dommages-intérêts (art. 34). La Cour pourra aussi accorder une réparation à la charge d'un agent de la communauté (art. 40 du Traité), et d'après l'article 34 du Protocole sur le Statut de la Cour de Justice toutes les personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt à la solution d'un litige soumis à la Cour peuvent intervenir à ce litige.

d) Nous avons souligné déjà l'utilité d'un délai de recours, après l'expiration duquel même une décision vicieuse deviendrait inattaquable, pourvu qu'elle ne soit pas entachée de vices graves au point d'entraîner une nullité absolue. Mais encore

une fois, la nécessité d'un tel délai de recours dépend, à mon avis, du caractère individuel de chaque organe international et de la nature des diverses décisions et ne saurait être affirmée ou niée de façon générale. Ce point est lié à celui de la force exécutoire provisoire des décisions pendant la procédure de recours (v. art. 95 de la Charte de l'Organisation Internationale du Commerce). Le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier prévoit des délais d'un mois (v. art. 33, 38). Pourtant l'irrégularité d'une décision pourra être invoquée par une entreprise, même après l'expiration du délai semble-t-il, quand elle forme un recours contre une sanction pécuniaire (art. 36). Le jugement d'un tribunal international concernant la décision d'un organe international aura donc, selon les cas, des portées différentes : le jugement pourra constater la nullité de la décision, laquelle est irréparablement nulle même sans jugement; le jugement pourra aussi empêcher une décision vicieuse de passer en force et de devenir incontestable. L'introduction d'un recours formel contre les décisions d'un organe international, tout en fixant un délai pour recourir, aura donc une grande répercussion sur la force juridique de la plupart des décisions vicieuses des organes internationaux : de décision nulle, dont la légalité pouvait être contestée en tout temps par toute partie intéressée, la décision vicieuse deviendra inattaquable et exécutoire si le délai est passé sans qu'un recours judiciaire ait été introduit [1].

[1] La nécessité pour les Etats de former en temps utile un recours contre la décision d'un organe international rendrait superflue la plainte de l'organe international ou d'un autre Etat contre l'Etat qui refuserait de se conformer à une décision prise par l'organe international (voir art. 38, al. 3, du Statut du Danube de 1921). Mais on pourrait charger le même tribunal international qui contrôle la légalité des décisions d'un organe international de prendre ou de proposer des mesures d'exécution forcée contre cet Etat, pourvu qu'on n'autorise pas l'organe international lui-

(Suite de la note, p. 283.)

e) Si l'on introduit un contrôle judiciaire spécial pour les décisions d'un organe international déterminé, il faut en même temps prendre soin que, pour tous les sujets de droit liés par cette convention, cette voie de recours spécial soit la seule. Il faut éviter que, à côté du contrôle spécial par un tribunal international, d'autres tribunaux internationaux puissent être appelés à se prononcer directement ou indirectement sur la décision de l'organe international en question. De même, un avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la validité d'une décision ne devrait pas être demandé dès qu'il y a un contrôle judiciaire spécial. Toutes les parties à la convention prévoyant le recours spécial devront donc s'obliger à demander le jugement du tribunal, prévu à cette fin, sur la validité de la décision de l'organe international, chaque fois qu'une partie conteste la validité de la décision dans une procédure judiciaire ou d'arbitrage, ou dans toute autre procédure devant un organe international. Les parties seront tenues de reconnaître comme ayant force de chose jugée en toute autre procédure le jugement du tribunal dans la procédure spéciale. L'article 41 du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier dispose : « La Cour est seule compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur la validité des délibé-

---

même à prendre ou à recommander des mesures d'exécution (v. III *b)*. D'après l'article 88 du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, la Haute Autorité pourra constater par une « décision » qu'un Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du Traité. Ce manquement pourra être le refus d'exécuter une recommandation de la Haute Autorité, contre laquelle l'Etat aurait pu former un recours dans le délai prévu par l'article 33. Est-ce que l'Etat pourra former recours contre la décision constatant son manquement à une obligation, après avoir laissé expirer le délai pour former recours contre la première décision de la Haute Autorité, qui est la source de son obligation ? Le traité, malgré sa longueur et le caractère détaillé de ses règles, ne donne pas de réponse.

rations de la Haute Autorité et du Conseil, dans le cas où un litige porté devant un tribunal national mettrait en cause cette validité. » Rien n'est dit sur la question si la validité des décisions pourra être mise en cause après l'expiration des délais pour former le recours en annulation. Il y a aussi un certain danger dans le fait qu'on pourrait demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur une question de droit international, formulée en termes abstraits, bien que la même question soit l'objet principal des investigations juridiques à faire par le tribunal appelé à contrôler une certaine décision d'un organe international. Mais le pouvoir discrétionnaire de la Cour de refuser ou de donner un avis suffira pour éviter les mauvaises conséquences d'une double procédure.

IX. Comment un recours spécial contre les décisions d'organes internationaux pourrait-il être introduit dans le droit international ?

Après avoir affirmé en principe l'utilité d'un recours spécial contre les décisions d'organes internationaux, nous voilà aux prises avec une dernière question, celle de savoir comment un tel recours pourra être introduit dans le droit positif. Nous avons vu que la question du recours judiciaire contre les décisions d'organes internationaux est celle de savoir s'il est nécessaire de remplacer les moyens de contrôle existant d'après le droit international actuel, par une procédure spéciale, visant à faire déclarer directement la décision valide ou invalide envers toutes les parties intéressées, y compris l'organisation elle-même, qu'elles aient ou non participé à l'instance, après une procédure contentieuse à intenter par une partie intéressée dans un délai raisonnable. Une telle procédure spéciale de recours, dont le but est de faire déclarer valide ou invalide la décision pour toutes

les parties intéressées et qui exclut tout contrôle concurrent, est recommandable surtout pour les organes exerçant leur activité en vertu d'un traité *collectif*. Quand l'organe international n'exerce des fonctions qu'entre deux Etats seulement, ou les deux Etats veulent que l'organe international décide définitivement, ou ils ne le veulent pas et ils peuvent faire, par conséquent, déclarer nulle la décision dans un procès entre Etats, conformément au traité d'arbitrage existant entre eux; il faudrait peut-être un délai pour recourir au tribunal d'arbitrage quand il s'agit d'un différend sur la validité de la décision d'un organe international créé par un traité bilatéral. S'il y a différend sur le caractère définitif de la décision, le même tribunal international pourra décider.

Quant aux organes internationaux établis par des traités collectifs, on pourrait imaginer une convention générale réglant le recours judiciaire contre toutes les décisions de tous les organes internationaux; ce serait la création d'une loi organique sur la justice administrative en droit international. Une telle proposition n'aurait pas de chance d'être accueillie par les gouvernements. Reste la possibilité de recommander que les Etats, créant ou ayant créé un organe international par une convention collective, prennent des dispositions spéciales pour régler le recours contre les décisions de cet organe en tenant compte des considérations contenues dans ce rapport. Il y aurait donc autant de conventions sur le recours qu'il y a d'organes internationaux. L'élaboration des conventions particulières serait facilitée si les organes compétents de l'ONU préparaient des conventions-modèles pour les possibilités typiques.

Mais, même s'il faut faire une convention particulière pour chaque organe international, il serait utile de recommander que ces conventions désignent de préférence la Cour internationale de Justice comme tribunal compétent pour ce contrôle, afin de favoriser la formation d'une pratique uniforme. Là où

il est à prévoir qu'il y aura un grand nombre de recours sur des points peu importants il faudra, naturellement, instituer des tribunaux spéciaux, comme le fait le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier. La Cour internationale de Justice, en jugeant des recours contre les décisions d'organes internationaux, pourrait avantageusement faire usage des articles 26 ss. de son Statut prévoyant la constitution de chambres. Pour étendre la force juridique du jugement de la Cour à tous les sujets de droit qui sont parties à la convention établissant l'organe international, y compris ceux qui n'ont pas pris part au procès, et pour admettre comme parties au procès les organisations internationales ou les organes internationaux, il faudrait changer le Statut de la Cour. On pourrait introduire une deuxième clause facultative conçue comme suit :

« Les parties signataires d'une convention internationale attribuant à un organe international le pouvoir de prendre des décisions, pourront déclarer en commun reconnaître comme obligatoire la juridiction de la Cour, pour juger, à la demande d'une de ces parties, la validité des décisions de cet organe, de telle sorte que le jugement lie toutes les parties à la convention.[1]

La convention pourra autoriser les organes et institutions ayant le droit de demander un avis consultatif (article 65 de la Charte de l'ONU) à intenter de leur côté le recours contre la décision de l'organe international. En dérogation à l'article 34 § 1 du Statut, l'organe international dont la décision est contestée ou l'organisation internationale dont il dépend, pourront recevoir de la convention la faculté de défendre la validité de la décision ou d'intervenir conformément à l'article 62. »

(15 décembre 1951.)

---

[1] Je suis tout à fait d'accord avec M. *Verzijl* à croire que le jugement lie aussi l'organe international lui-même, et je pense que cela est si évident qu'on créerait des malentendus en le disant expressément.

B.

Projet de Résolutions

I.

L'Institut de Droit international

constate que l'évolution récente de la pratique internationale a révélé un certain besoin de faire contrôler la validité des décisions d'organes internationaux par des tribunaux internationaux;

constate que les possibilités existantes de contrôle judiciaire indirect de ces décisions au moyen des procédures prévues pour le règlement judiciaire des différends entre Etats, ou au moyen des avis consultatifs de la Cour internationale de Justice sont insuffisantes;

est d'avis que les Etats et les organisations internationales devraient examiner pour chaque organe international existant la question de l'introduction d'un contrôle judiciaire spécial, en tenant compte de toutes les particularités de chaque organe international et des principes généraux qui suivent :

Article 1

Le contrôle judiciaire ne devrait pas se rapporter aux décisions d'un organe international dont la composition et les modalités de fonctionnement donnent les mêmes garanties de respect du droit que la composition et les modalités de fonctionnement d'un tribunal international.

Article 2

Le contrôle judiciaire ne devrait pas se rapporter aux décisions d'un organe international dont l'existence et le fonction-

nement sont d'une importance spéciale pour le développement de l'ordre juridique international, si le prestige de cet organe ou celui du tribunal international devait être mis en danger par l'institution d'un recours judiciaire contre les décisions de cet organe. Dans ces cas, un tribunal international pourrait être chargé de l'examen des questions de droit soulevées par la décision proposée, avant que l'organe international prenne sa décision.

Article 3

Le contrôle judiciaire ne devrait pas s'étendre à des questions techniques, économiques, etc., pour lesquelles l'organe international dispose de connaissances spéciales, supérieures à celles du tribunal international. Le contrôle judiciaire ne devrait pas s'étendre à des questions où le droit international permet à l'organe international de choisir, sur la base de considérations d'opportunité politiques, parmi plusieurs possibilités.

Article 4

Parmi les décisions d'un organe international soumises au contrôle judiciaire, le contrôle devrait se rapporter, dans les limites de l'article 3, à celles qui sont des actes judiciaires, administratifs ou législatifs. Le contrôle pourrait être étendu aux recommandations et aux décisions préparant un acte judiciaire, administratif ou législatif, quand un besoin spécial existe.

Le contrôle judiciaire ne devrait pas s'étendre aux décisions demandant à un tribunal international ou à un autre organe international de prendre une décision ou de donner un avis consultatif; c'est l'organe à qui la demande est adressée, qui devra examiner si l'organe international faisant la demande était en droit de la faire.

Article 5

Quand l'activité d'un organe international comprend des décisions déployant leurs effets dans l'ordre juridique interne d'un Etat, d'un territoire ou d'une organisation internationale, le contrôle de l'application des règles du droit interne devrait être exercé de préférence par des tribunaux judiciaires, administratifs ou constitutionnels à prévoir dans l'ordre juridique interne de ces Etats, territoires ou organisations internationales; un tribunal international devrait contrôler de préférence l'application du droit international ou de certaines règles déterminées du droit international obligeant l'organe international.

Article 6

Dans les limites des articles 3-5, le contrôle judiciaire devrait, en règle générale, porter sur toutes les décisions à tous les points de vue juridiques, à condition que le vice de la décision dénoncé dans le recours influe sur la validité de celle-ci.

Selon les circonstances particulières à chaque organe international, le contrôle judiciaire pourra être restreint à certaines sortes de décisions ou à certains moyens de recours. Une telle restriction devrait être faite surtout afin d'exclure du contrôle judiciaire les décisions politiques.

II.

Afin de faciliter l'introduction d'un recours spécial contre les décisions d'organes internationaux d'après les règles formulées sous I, l'Institut de Droit international recommande aux organes compétents de l'ONU de préparer des conventions-modèles pour les divers types des organes internationaux en tenant compte des principes suivants:

Article 1

Tous les membres d'une organisation internationale dont un organe est autorisé à prendre des décisions devront s'obliger à n'attaquer la validité des décisions de cet organe que dans la procédure spéciale du contrôle judiciaire à prévoir par la convention.

Article 2

Tous les membres d'une organisation internationale auront qualité pour prendre part à la procédure comme demandeur ou comme intervenant.

Article 3

Le jugement du tribunal international aura force de chose jugée envers tous les membres de l'organisation, envers l'organisation elle-même et l'organe qui a rendu la décision objet du recours.

Article 4

La convention devra déterminer les autres Etats, les organisations internationales et les autres personnes qui auront qualité pour intenter le recours judiciaire contre la décision de l'organe international. Elle déterminera si et comment l'organe international qui a rendu la décision pourra être représenté dans la procédure.

Article 5

La convention devra fixer les délais jusqu'à l'expiration desquels le recours devra être intenté.

Article 6

Le jugement devra constater en tout cas la validité ou l'invalidité de la décision attaquée. La compétence du tribunal international contrôlant la décision pourra être étendue aux

demandes de dommages-intérêts pour l'exécution d'une décision déclarée invalide. Si des circonstances exceptionnelles le rendent opportun, le tribunal international pourra être autorisé à prendre une décision à la place de l'organe qui a refusé à tort de le faire; dans le même cas le tribunal international pourra être autorisé à adjuger des dommages-intérêts.

III.

Afin de favoriser l'uniformité de l'administration internationale, l'Institut de Droit international recommande de confier à la Cour internationale de Justice le contrôle judiciaire des décisions d'organes internationaux, s'il n'y a pas de raisons particulières pour le confier à un autre tribunal international.

Afin de permettre aux organisations internationales et aux organes internationaux de participer comme demandeurs ou défendeurs à la procédure contentieuse devant la Cour internationale de Justice, au moins dans les procédures spéciales concernant le contrôle judiciaire des décisions d'organes internationaux, l'Institut de Droit international recommande de modifier dans ce sens le Statut de la Cour.

ANNEXE

A.

Questionnaire adressé aux membres de la Commission par M. Wilhelm Wengler, le 26 mai 1951

1. Les travaux de la Commission doivent-ils porter aussi sur les décisions des organes d'origine internationale qui produisent leurs effets dans l'ordre juridique interne d'un Etat ou d'un territoire, où l'organe international fonctionne à la place d'un organe national ?

2. S'il est répondu affirmativement à la question n° 1, faut-il restreindre le contrôle juridictionnel des décisions de ces organes par un tribunal international à la question de leur validité d'après le droit international, ou devrait-on autoriser le tribunal à examiner aussi la légalité de la décision d'après le droit interne du territoire, etc. ?

3. Les travaux de la commission doivent-ils comprendre le contrôle des décisions produisant leurs effets dans l'ordre juridique interne d'une organisation internationale (notamment le contrôle des décisions affectant les fonctionnaires internationaux) ?

4. Faut-il comprendre aussi par le terme « décision » la sentence d'un organe international constatant qu'un fait quelconque est conforme ou non au droit international, c'est-à-dire les décisions intrinsèquement judiciaires ?

5. Faut-il prévoir le contrôle juridictionnel d'une telle constatation notamment quand elle émane d'un organe international, qui, à côté de ses fonctions judiciaires, exerce à la fois des fonctions législatives ou administratives ?

6. Faut-il instituer le contrôle juridictionnel pour les mesures d'exécution d'une décision judiciaire ?

7. Faut-il soumettre au contrôle judiciaire les décisions qui sont

a) des actes concrets d'administration internationale
b) des actes créant des règles de droit international
c) des mesures préparatoires
d) des recommandations et propositions.

8. Faut-il exclure du contrôle les décisions prises à l'unanimité par un organe international composé de représentants de toutes les parties intéressées ?

9. Existe-t-il une règle de droit international rendant incontestables les décisions d'organes internationaux dont la validité n'est pas contestée en temps utile, ou faut-il admettre le principe que les décisions juridiquement vicieuses sont absolument nulles, faute de disposition contraire ?

10. Faut-il prévoir que la validité d'une décision ne pourra être attaquée en dehors de la procédure spéciale à instituer pour le contrôle judiciaire des décisions d'organes internationaux ? Une telle disposition doit-elle notamment être prévue dans le cas où l'on admet un délai de recours ?

11. Doit-on proclamer comme un but idéal du droit des gens le contrôle judiciaire des décisions de *tous* les organes internationaux ?

12. Doit-on exempter tout d'abord du contrôle judiciaire les décisions prises par certains organes internationaux à déterminer (par exemple l'Assemblée générale ou le Conseil de Sécurité des Nations Unies) ?

13. Doit-on inclure dans notre projet le principe de certaines législations que les actes politiques sont incontrôlables ?

14. Doit-on réserver à l'organe international un domaine soustrait au contrôle, en matière de pouvoir discrétionnaire, de constatations de fait exigeant des connaissances spéciales, ou de considérations d'opportunité ? Si oui, faut-il prévoir des règles réprimant les abus du pouvoir discrétionnaire, etc.?

15. Le contrôle judiciaire doit-il être, ou pouvoir être, limité à des vices déterminés de la décision (par exemple incompétence, fausse application du droit international, vices de procédure) ?

16. Parmi les vices de la décision, ou de la procédure qui la précède, faut-il distinguer ceux qui entraînent la nullité de la décision de ceux qui n'ont pas d'influence sur sa validité ? Si oui, le contrôle judiciaire doit-il comprendre aussi la constatation formelle des vices du deuxième groupe ?

17. Les possibilités actuelles de contrôle judiciaire des décisions d'organes internationaux sont-elles suffisantes ?

18. Quels sont les arguments qui militent en faveur de l'institution d'un recours spécial contre les décisions des organes internationaux ? La nécessité de faire constater la validité ou la nullité d'une décision par un jugement *liant toutes les parties intéressées* est-elle un motif justifiant à lui seul l'introduction d'une procédure spéciale ?

19. Existe-t-il déjà des procédures spéciales pour le contrôle judiciaire des décisions d'organes internationaux ? Quels sont les résultats pratiques de ces procédures ?

20. Devrait-on autoriser le tribunal international chargé du contrôle de prendre lui-même une décision à la place de l'organe international, quand l'organe néglige de prendre une décision qu'il est, d'après le droit international, obligé de prendre en faveur d'un sujet de droit international ?

21. Qui, dans cette procédure, devrait avoir qualité pour recourir ? (c'est-à-dire avoir la « légitimation active »).

22. Qui aura qualité pour défendre la validité de la décision ? L'organe international, auteur de la décision contestée ? L'organisation internationale dont dépend cet organe ? Un défendeur est-il absolument nécessaire dans cette procédure spéciale ?

23. Doit-on autoriser des sujets de droit international non étatiques, notamment les organisations internationales, à recourir, ou à intervenir dans le procès, quand ils se croient lésés par la décision ? Faut-il autoriser des personnes privées à former le recours ?

24. Faut-il prévoir un délai de recours ?

25. Faut-il envisager une convention générale pour instituer le contrôle judiciaire des décisions de tous les organes internationaux, ou des conventions spéciales pour chaque organe international ?

26. Faut-il recommander l'insertion dans le Statut de la Cour internationale de Justice d'une deuxième clause facultative, chargeant la Cour du contrôle des décisions de chaque organe international pour lequel une convention spéciale serait conclue ? Quelles dispositions ultérieures devraient être prises à l'occasion de la rédaction d'une telle clause facultative ?

B.

Observations de membres de la 19me Commission au sujet de l'Exposé préliminaire et du Questionnaire du 26 mai 1951

1. Réponse de Mme Suzanne Bastid

Anost (Saône-et-Loire), le 15 août 1951.

Observation préliminaire

Le libellé de la question soumise à la dix-neuvième Commission évoque certaines institutions de droit interne, dont un exemple bien connu est le recours pour excès de pouvoir du droit administratif français. Il s'agit évidemment de déterminer les conditions d'un contrôle exercé sur la légalité des *décisions d'organes internationaux.*

Un tel contrôle correspondrait à la préoccupation de voir ceux-ci rester dans le cadre de leur compétence définie par le droit en vigueur. Les actes qui ont établi des organisations internationales contiennent parfois des dispositions répondant à ces préoccupations, mais élaborées sans étude d'ensemble du problème, elles sont peu satisfaisantes, disparates et utilisent des institutions, comme la compétence consultative de la Cour internationale de Justice, qui correspondent mal à l'objectif essentiel ainsi poursuivi.

La dix-neuvième Commission devrait présenter un système susceptible de remplacer ces mécanismes défectueux là où ils existent ou d'être introduit pour des organisations internationales du même type, mais il serait sage de ne pas examiner dès à présent le problème dans le cas d'organes internationaux

dont le rôle est essentiellement politique, sinon on s'engagerait dans l'examen d'une réforme profonde du mécanisme des Nations Unies, question très attachante mais qui risquerait par son ampleur même de détourner des problèmes plus techniques que pose un recours contre les décisions d'organes internationaux administratifs.

Réponse au Questionnaire

1. Réponse affirmative : le contrôle de l'organe international fonctionnant à la place d'un organe national ne peut être établi dans le cadre étatique, sans doute une procédure de règlement des différends entre l'Etat territorialement compétent et les Etats parties à l'organisation permet un examen juridictionnel des contestations sur la compétence de l'organe, mais un recours direct contre une décision serait sans doute préférable et ne devrait pas être exclu à priori.

2. Il ne paraît pas possible de déterminer jusqu'où peut aller l'examen par le tribunal international, la question dépend du régime propre de l'organe considéré et de l'étendue de sa compétence. Toutefois il est certain, comme l'indique le rapporteur, que le recours prévu ne doit pas amener à l'instance internationale tout le contentieux administratif du territoire en cause. L'instance internationale est utile lorsqu'aucune autre voie de recours ne peut être sérieusement organisée, à raison de la nature internationale de l'organe en cause et de la nature internationale du problème en discussion. L'Institut pourrait rappeler l'utilité de recours administratifs internes quand il y a administration internationale de territoire.

3. Réponse affirmative : ne peuvent être exclues à priori les décisions produisant leurs effets dans l'ordre juridique interne d'une organisation internationale. Dans la mesure où ces décisions échappent à tout recours judiciaire se produit une

situation peu satisfaisante notamment dans le cas où le grief allégué est relatif à la compétence de l'organe.

En ce qui concerne les décisions affectant les fonctionnaires internationaux, un recours judiciaire pourrait être établi, même lorsqu'existe un tribunal administratif, sous la forme d'un recours en cassation pour des motifs définis.

4. Il est également utile de comprendre comme « décision » la sentence d'un organe international constatant qu'un fait est conforme ou non au droit international, quitte à faire varier la nature du recours suivant les conditions dans lesquelles a été prise la décision (avec ou sans procédure judiciaire).

5. Réponse affirmative, sauf à déterminer la nature du recours : L'*appel* proprement dit auquel fait allusion l'exposé préliminaire (p. 8) ne devant être admis que dans des cas exceptionnels.

6. Même réponse que pour 5.

7. Si un acte concret d'administration internationale implique violation du droit, le recours devrait être possible, sous réserve d'une procédure préalable permettant à l'organe international de s'expliquer ou de confirmer sa position juridique.

Pour des actes créant des règles de droit, il faut admettre un recours, visant non les règles créées, mais les conditions de leur élaboration (*compétence de l'organe*, règles de procédure, etc....).

Les mesures préparatoires faisant grief (enquête même sur pièces) doivent être soumises au contrôle judiciaire, par contre des recommandations ou propositions qui ne créent aucune obligation pour les Etats devraient être exclues du recours.

8. La réponse ainsi posée n'implique pas une réponse négative alors même que l'unanimité comprendrait le vote affirmatif des représentants de tous les Etats membres : le contrôle judiciaire tend à assurer le respect du droit, son utilité subsiste,

sous réserve des précisions à apporter touchant le droit de former le recours.

9. Une réponse à cette intéressante question de principe ne paraît pas indispensable pour l'examen du problème soumis à la 19me Commission qui implique nécessairement l'élaboration d'une convention.

10. Il semble être dans la logique d'un système de recours judiciaire d'exclure d'autres procédés de contestation, le délai de recours permettant de limiter la période d'incertitude.

11 à 13. Les questions posées sont d'un grand intérêt, elles conduisent à réexaminer les bases mêmes de la structure de l'Organisation des Nations Unies. L'ampleur des débats qu'elles peuvent provoquer entraînerait loin du domaine qui peut être étudié utilement par la 19me Commission. Aussi sans prendre position sur les questions de principe (11 et 13), je pense qu'il faudrait exclure les décisions de l'Assemblée et du Conseil de Sécurité.

14 à 16. Ces points du questionnaire recouvrent un problème essentiel : celui de la portée du recours judiciaire. Etant donné la diversité des décisions des organes internationaux, il paraît difficile d'envisager un seul type de recours. Une des tâches de la Commission devrait être de définir ce que peuvent être ces divers recours et l'étendue des pouvoirs du juge dans chaque cas, tant en ce qui concerne les vices à examiner que la décision à prendre.

En général seuls devraient être pris en considération des vices déterminés de la décision (15). Mais il ne paraît pas possible d'énumérer des vices de « second plan », sans influence sur la validité de la décision, mais que le juge devrait constater. Il faut laisser au juge le pouvoir d'admettre qu'un vice dans des conditions déterminées, peut laisser subsister la validité (par exemple un vice de forme).

17 à 19. Il est certain, comme l'indique l'Exposé préliminaire (p. 28) que les décisions des organes internationaux sont dans certains cas contrôlés par des tribunaux internationaux mais que le régime actuel est imparfait, notamment à raison de l'effet relatif de la chose jugée. Une procédure spécialement organisée permettrait une décision valable *erga omnes.*

Il convient d'ajouter que seule une procédure attaquant directement la décision permettrait de faire respecter la règle relative à la compétence de l'organe international.

19. Comme les tribunaux administratifs de la S.D.N. et de l'O.I.T., celui des Nations Unies contrôle certaines décisions du Secrétariat général, relatives aux fonctionnaires, avec un pouvoir d'annulation.

20. En principe le rôle du tribunal international devrait être de statuer sur le comportement de l'organe sans se substituer à lui.

21. Le droit de former le recours peut être plus ou moins étendu suivant l'organe considéré. Je serai tentée d'admettre qu'il soit ouvert à tous ceux qui justifient d'un intérêt à l'annulation de la décision prise; ce serait évidemment les Etats parties à l'organisation, les Etats tiers s'ils ont intérêt direct au respect des règles relatives à cette organisation, les organisations internationales tierces et, peut-être, les individus justifiant d'un intérêt direct et spécial (par exemple un individu apatride atteint par la décision d'un organe international ou un national d'un Etat non membre de l'organisation).

22. Je pense que, suivant le procédé que connaissent plusieurs systèmes juridictionnels, le recours devrait être formé contre *l'acte* et non contre l'organisation ou l'organe international en cause. Ainsi il n'y aurait pas de défendeur dans l'instance.

23. Réponse sous 21.

24. Oui.

25. Sans doute conviendrait-il de combiner les deux systèmes, une convention générale définissant les principes généraux du recours, des accords spéciaux déterminant à propos de chaque organisation les modalités particulières d'application et raccordant le système général aux mécanismes particuliers qui ont été plus ou moins bien établis jusqu'à présent.

26. Il conviendrait, avant tout, de prévoir les dispositions nouvelles à insérer dans le Statut de la Cour pour la mettre à même de contrôler la légalité des décisions des organes inter-internationaux, puis d'établir les clauses types des conventions renvoyant à cette compétence spéciale de la Cour.

Une deuxième clause facultative pourrait convenir si une convention générale suffisait, la signature de la clause facultative comportant l'énumération des organismes pour lesquels la compétence nouvelle de la Cour serait reconnue, mais pour la raison indiquée *sub* 25, il est à craindre que ce mécanisme soit insuffisant.

Suzanne Bastid

2. Lettre de Mr. Frederic R. Coudert

New York, July 26, 1951.

My dear Professor Wengler :

I wish to thank you for sending me copy of « *Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux.* » Let me congratulate you upon this very able and detailed discussion of a most difficult matter. I am summing up my own views for what they may be worth, and sending them to you :

Your tentative suggestions for a report are very elaborate. We common law lawyers, who deal largely with precedent rather than theory, prefer to leave many matters to the decision of the courts after a full discussion of the elements which are found in the various problems.

So far as appeals from international bodies are concerned, there should be no appeal except from those more important bodies which have judicially expressed views or made decisions directly affecting principles of international law. That there may be borderline questions as to what constitutes such bodies are matters that cannot well be settled in advance, but should be worked out slowly through decisions of the World Court.

On the question of what matters are political, and what are judicial, I should say generally that political questions are not susceptible of judicial treatment, although there may be some borderline questions as to what facts constitute aggression, etc. How far these might be considered by the World Court can only be settled by a decision in every borderline case. I do not think it is possible by a series of rules to anticipate all of the questions that may arise; but I am in favor of giving a wide right of appeal to the International Court of Justice where possible and practicable; to attempt too much can only result in futility. We must confine ourselves to that which the nations may be ready to consent to.

With assurance of high regard and warm appreciation of your admirable Report, believe me,

Faithfully yours,

Frederic R. Coudert

3. Observations de M. Ladislas Gajzago

Budapest, le 1er août 1951.

Mon cher et très honoré Confrère,

Je viens d'étudier votre remarquable Exposé préliminaire sur le « Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux », thème des travaux de la 19me Commission. Mon absence involontaire à Bath ne m'ayant pas permis de prendre part aux discussions qui ont précédé la mise à l'étude de ce problème, je considère ce sujet d'après l'aspect qu'il me semble avoir dans votre Exposé préliminaire, si complet et circonstancié. Je suis donc contraint, et je m'en excuse, de vous faire part tout d'abord de quelques observations d'ordre général, que je soumets, il va sans dire, entièrement à votre appréciation.

Le problème me paraît posé dans votre Exposé préliminaire d'une manière trop large, beaucoup plus large que nous ne l'avons jamais rencontré dans la pratique internationale. Cela vient-il de la seule rédaction du titre ? Quoi qu'il en soit, il me semble y avoir là une tendance ancienne — qui ne s'était plus manifestée depuis assez longtemps — celle de soumettre toute la vie entre Etats au contrôle de l'arbitrage international. Ce serait là, à mon avis, un retour fâcheux à une époque révolue, celle du demi-siècle qui suivit l'heureux règlement de l'affaire de l'Alabama, où l'on considérait, on le sait, l'arbitrage international comme une panacée contre les maux de la vie entre les nations. Nous sommes aujourd'hui guéris d'une telle illusion, qui a retardé d'un demi-siècle le développement de nos connaissances en matière internationale, illusion née d'une analogie trompeuse entre la vie interétatique et la vie interne de l'Etat. Cette dernière (au moins à l'époque dite du « *Rechtsstaat* ») est surtout juridique, alors que la vie inter-

nationale a un caractère principalement politique et qu'y prévalent les considérations pratiques et d'opportunité; la justice n'y existe qu'à l'état d'aspiration embryonnaire et la stricte réglementation juridique n'y apparaît que de manière sporadique, souvent peu systématique, et y est dénuée généralement de contrôle judiciaire, remplacé jusqu'à une époque récente par un *self-help* admis par le droit.

C'était au moins quelque chose. Nous serions bien embarrassés s'il nous fallait préciser ce qui l'a remplacé, quel système existe aujourd'hui entre Etats pour faire valoir son droit. C'est là une question à laquelle nos récentes modernisations du droit international semblent avoir oublié de prêter une attention suffisante, au moins en ce qui concerne la dernière phase de l'exécution forcée. Peu importe ce que la philosophie du droit persiste à nous enseigner : que seules sont des véritables règles de droit celles que l'on peut faire valoir, et par la force au besoin, pour défendre non pas les forts seulement mais les faibles. Le droit international moderne a mis la guerre hors la loi, sans faire de réserve pour ce dernier cas et, ce qui est plus important, sans substituer à la guerre un autre moyen effectif de faire valoir des droits.

L'expérience de la Société des Nations a permis de se rendre compte des grandes différences existant sous ce rapport entre la vie internationale et la vie interne des Etats; elle a montré la solution d'innombrables différends internationaux, non pas par des recours plus fréquents à la voie arbitrale, distincte de la voie judiciaire, qui était une innovation, mais un moyen tout nouveau : la conciliation au sein du Conseil. Le même phénomène se répète et s'amplifie aujourd'hui, au sein de l'Organisation des Nations Unies — exception faite de l'emploi de la voie judiciaire. Il y a là une conciliation que l'on a réussi à rendre obligatoire et que l'on peut appeler *officielle*, puisqu'elle est administrée par un organe de l'organisation suprême actuelle

de la vie internationale. Cette institution est sans doute l'acquisition la plus importante de ce que d'aucuns se plaisent à nommer avec fierté et confiance le « nouveau droit international ». Cette acquisition, qui semble définitive et d'une valeur incontestable, divise nettement en deux classes les maux dont souffre la vie internationale : 1) les différends politiques; 2) les affaires justiciables. Ce serait reculer gravement, me semble-t-il, que d'oublier, en étudiant la question des recours, cette distinction fondamentale entre 1) la vie politique et 2) les affaires justiciables. Il ne peut pas y avoir de « recours judiciaire » dans la vie politique, et les différends politiques ne peuvent pas être transformés en affaires justiciables par la voie du recours. Il nous faut donc exclure du champ de nos investigations le domaine de la haute politique internationale, au moins collective. Un tel partage des domaines vaut également dans la vie interne des Etats, même si le problème s'y présente différemment, et la doctrine de la séparation des pouvoirs y trouve une large application. C'est là une preuve de plus de l'importance capitale de la distinction entre ces deux domaines, distinction que nous ne saurions négliger.

Cette première constatation faite, il me semble, en examinant la question plus avant, que l'on doit nettement distinguer, préalablement à toute recherche, non pas deux, mais trois domaines, dans lesquels ranger les décisions d'un organe international. Il y a là non seulement le domaine de la « vie politique » et celui des « affaires justiciables », mais un domaine que j'ai appelé depuis assez longtemps dans mes ouvrages, peut-être faute de mieux, celui du *droit international administratif* (sic), branche de droit administratif du véritable droit international. C'est là un domaine plus modeste, mais très riche, de la vie entre Etats, à distinguer du droit administratif international (sic) qui est du droit interne ressemblant au droit international privé. Cette terminologie — droit inter-

national administratif — est déjà couramment employée, par exemple dans l'expression « unions administratives ».

Dans ce domaine spécial, les affaires, bien que plus ou moins dépourvues de caractère politique, ne sont pas forcément justiciables non plus, car elles sont plus dominées par des considérations d'opportunité que de justice. Ce domaine du droit international, soit dit en passant, est rarement violé, et il s'élargit et s'enrichit de jour en jour; c'est là un développement extrêmement souhaitable, qui sera peut-être le prélude et la cause d'un développement semblable dans les deux autres branches du droit international.

Je me suis arrêté ici un peu plus longuement que je ne le voulais. Mais il me semble que notre problème a trait presque exclusivement à ce domaine, modeste mais si important, du droit international, et qu'il s'agit pour nous d'étudier les conditions de la création d'une administration contentieuse, ou d'une juridiction administrative, en droit international, à l'instar des institutions analogues existant dans les différents droits internes. Cette idée m'a été suggérée par votre Exposé préliminaire, et je regretterais qu'elle soit erronée.

* * *

En revenant pour un moment aux deux premiers grands domaines auxquels je viens de faire allusion et qu'il me semble devoir écarter, j'aurais seulement quelques courtes remarques à faire encore à leur sujet.

A propos du domaine politique

Il est difficile de parler de « décisions » lorsqu'il s'agit de la « conciliation », au sein du Conseil de la S.d.N. ou du Conseil de Sécurité de l'ONU. Il n'y a là en règle générale que des « résolutions » et des « recommandations », qui ne sont parfaites qu'avec l'accord des intéressés. Ce ne sont ni des

décisions, ni des verdicts, termes dont les journalistes seuls se sont servis, pour la plus grande confusion du public. Toute cette matière est donc en dehors de notre sujet; mais l'Exposé préliminaire a-t-il peut-être déjà voulu tenir compte de ce que je viens de faire remarquer. A mon avis, qu'il y ait « decision » ou non, toute l'activité des grands organes politiques de la vie internationale et le droit qui s'y rattache (droit qu'on peut appeler constitutionnel plutôt qu'administratif, pour reprendre notre comparaison avec le droit interne) devraient être écartés d'emblée et expressément de notre discussion.

Si l'activité d'un organe de la haute politique collective internationale nécessite un recours, il ne peut s'agir que d'un recours à un organe supérieur également politique de la même organisation, c'est-à-dire que d'une « conciliation » et non d'une décision obligatoire, d'un jugement — voir par exemple l'institution de l'appel du Conseil à l'Assemblée, dans le Pacte de la S.d.N. Il ne saurait y avoir à cela que de très rares exceptions, introduites surtout par les récents amendements au droit constitutionnel de l'ONU, et qui tendent à couper court à des difficultés autrement sans issue. En résumé, la politique doit rester politique, même dans le domaine des recours. L'organe politique peut évidemment — mais c'est alors une toute autre question — demander à un autre organe, judiciaire peut-être, d'élucider un point de droit par un *avis consultatif*; il peut aussi consulter une *commission d'experts*, comme l'a fait parfois le Conseil de la S.d.N. Mais une telle demande d'avis consultatif à l'organe judiciaire suprême n'est nullement un recours sur le point de droit en question; c'en est presque l'inverse, puisque l'organe politique n'est pas lié par l'opinion de l'organe judiciaire. Il serait absolument contraire aux principes fondamentaux de l'organisation internationale actuelle que de vouloir discuter d'un « recours judiciaire contre les décisions d'organes internationaux », lorsqu'il

s'agit d'organes de la haute politique, surtout collective, de notre vie internationale actuelle.

A propos du domaine des affaires « justiciables »

Les solutions politiques ont aujourd'hui refoulé à l'arrière-plan, quand il s'agit de différends politiques, l'arbitrage et la voie judiciaire, qui ne sont plus considérés comme des panacées. Néanmoins, pour les grandes affaires vraiment justiciables, il subsiste le désir de les traiter judiciairement. A cet égard, la constitution de la vie internationale est encore loin d'être satisfaisante. Ni l'*obligatorium* — c'est-à-dire le caractère obligatoire de l'arbitrage ou de la voie judiciaire n'est assuré, ni l'exécution forcée des rares sentences arbitrales ou judiciaires ni même, à défaut de celle-ci, le *self-help* au-delà des moyens coercitifs dits pacifiques ne sont permis. Tel est l'état actuel du droit international modernisé.

Or ces deux premières exigences sont indispensables; tant qu'elles ne sont pas satisfaites, il est prématuré, illusoire et dangereux de vouloir pousser les réformes au delà, sur le troisième terrain. En fait, la phase actuelle du développement du droit international — phase qui n'est peut-être que transitoire — n'a même pas le caractère logique et harmonieux de celle de nos ancêtres, et nous n'atteignons pas l'équilibre supportable qu'ils avaient pratiquement réalisé. Nous avons aboli certaines choses avant de pouvoir les remplacer par de meilleures. Le moment approche heureusement où l'on ne pourra plus se passer plus longtemps du caractère obligatoire de la juridiction internationale dans les affaires justiciables. C'est là une exigence *minimum*, d'autant plus urgente que la guerre, aujourd'hui un « crime international », ou les représailles armées ne peuvent plus être utilisées comme *ultima ratio* par l'Etat qui veut défendre son bon droit. Cet Etat doit donc avoir au moins la possibilité de faire établir la justice de sa

cause, que l'Etat violateur y consente ou non. Ce progrès réalisé, il restera encore à résoudre le problème important de l'exécution forcée des décisions des diverses juridictions internationales. L'organisation actuelle de notre vie internationale connaît donc deux grandes lacunes, qui risquent de faire retomber ou rester les affaires justiciables dans la catégorie des différends politiques. Cette situation est aussi contraire à la logique qu'à la justice. La question du contrôle judiciaire sous forme d'appel contre les décisions d'organes internationaux apparaît donc comme bien moins importante que ces deux problèmes. En fait, l'absence d'une possibilité d'appel ne s'est guère fait sentir jusqu'ici dans la juridiction et dans l'arbitrage internationaux. Ce *recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux* devrait être limité, nous l'avons vu, au domaine des affaires justiciables. Or cette dénomination du problème est déjà inexacte et peu compréhensible, puisqu'il s'agit en réalité de l'introduction de l'appel dans la juridiction et l'arbitrage internationaux — problème particulier, qui a divers aspects, et est étranger à ce que l'on pourrait croire compris dans notre titre.

Néanmoins, je voudrais aborder l'un de ces aspects, celui de l'*obligatorium*. Avant même que d'établir ce caractère obligatoire de la juridiction internationale d'une manière générale, on pourrait l'instituer d'une manière restreinte. A cette fin il faudrait 1) supprimer la possibilité de faire des réserves à l'acceptation de la « clause facultative »; 2) empêcher, lorsque l'obligation d'un arbitrage ou d'un jugement a été acceptée, qu'on le tourne par des subterfuges, par exemple en excipant unilatéralement d'incompétence ou d'excès de pouvoir. Dans les cas où de prétendues nullités étaient soulevées, les Romains, qui étaient sans conteste de grands juristes, considéraient qu'il fallait obligatoirement recourir au juge ordinaire, selon une clause sous-entendue du compromis arbitral lui-

même. L'histoire des arbitrages internationaux nous enseigne qu'en pratique, lorsque la nullité du jugement ou du compromis arbitral était invoquée, il a bien fallu en arriver à la révision ou à la répétition de l'arbitrage devant d'autres arbitres. Pourquoi n'accepterait-on pas d'avance et de façon générale dans le droit international coutumier cette interprétation romaine — selon laquelle la nullité ne peut être invoquée que devant un autre juge ? Ce serait là un premier pas vers la juridiction obligatoire générale, grâce à une interprétation du compromis selon le bon sens et selon le droit naturel — un droit que nous avons eu grand tort de rejeter.

Je crois que le premier cas où une voie d'appel contre les décisions de tribunaux arbitraux de la vie internationale a été instituée systématiquement et sur une base large et où l'instance d'appel n'était pas un organe politique (le Conseil de la Société des Nations, muni *ad hoc* de compétences arbitrales), mais un autre tribunal international (et précisément la Cour Mondiale *(World Court)* de l'époque, la Cour permanente de Justice internationale de la Société des Nations (ce qui s'imposait, aussitôt qu'il était question d'une révision judiciaire en appel de jugements arbitraux), c'était celui de l'Accord II, dit de Paris, signé à Paris le 28 avril 1930, entre tous les signataires du Traité de Trianon, concernant le « Règlement des questions relatives aux réformes agraires et aux Tribunaux arbitraux mixtes »; son article 10 avait la teneur suivante :

« *Pour toutes les sentences de compétence et de fond rendues désormais par les Tribunaux arbitraux mixtes dans tous les procès autres que ceux visés par l'article 1er du présent Accord, la Roumanie, la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie, d'une part, et la Hongrie, d'autre part, conviennent de reconnaître à la Cour permanente de Justice internationale, sans qu'il y ait, à cet effet, besoin de compromis spécial, compétence comme instance d'appel.*

« *Le droit d'appel pourra être exercé par voie de requête par chacun des deux Gouvernements entre lesquels se trouve constitué le Tribunal arbitral mixte, dans un délai de trois mois à dater de la notification faite à son Agent de la sentence dudit Tribunal.* »

Pas une fois, les parties n'ont eu recours à ce pourvoi en appel pour soulever une nullité, ce qui ne veut nullement dire qu'elles n'auraient pas invoqué unilatéralement cette nullité si l'autre partie n'avait eu la possibilité d'utiliser à son tour un tel pourvoi pour défendre le jugement attaqué. La véritable valeur de cette stipulation est d'avoir prévenu la répétition de tels cas. Dans trois ou quatre affaires, les parties ont eu recours à cette voie d'appel, en vue d'obtenir la réforme de la sentence sur le fond. Les publications de la Cour permanente de Justice internationale, Série A/B, nos 56, 61, 66, 68, Série C, nos 68, 72-73, 79-80, en portent témoignage. Une explication brève et sommaire de ce qu'était l'intention des parties, en se donnant cette institution, se trouve sur les pages 209 et suivantes de la publication. Les expériences faites avec cette institution sont donc satisfaisantes mais on ne peut pas dire qu'elles ont été riches.

En général, il me semble que ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans des détails sur ce sujet. D'autant moins que je considère ce domaine entier — ainsi que je l'ai établi plus haut — comme devant être écarté ou tout au moins réservé.

* * *

Revenons au domaine du « contentieux administratif », qui est le troisième de ma classification. Je voudrais à ce sujet exprimer tout d'abord une crainte, celle que l'expérience acquise jusqu'ici dans ce domaine ne soit pas encore suffisante pour servir à la mise sur pied d'un projet de convention générale, susceptible d'être recommandé à l'acceptation ou à l'attention des Gouvernements — ce qui est la méthode de travail ordinaire

de l'Institut. Je n'éprouverais pas ce sentiment s'il s'agissait seulement, pour le rapporteur de la Commission, de préparer une étude approfondie de l'état actuel de la question.

L'élaboration d'un projet de convention générale me paraît en outre superflue pour le motif suivant : l'institution de voies de recours contre les décisions de caractère administratif d'organes internationaux présente des exigences très divergentes, selon les divers aspects, branches ou même sujets de l'administration internationale. Chaque matière, chaque détail, demande une étude spéciale et peut-être une règlementation propre.

Troisième remarque : la voie de recours dans le domaine du droit international administratif, ne peut ni ne doit être toujours seulement judiciaire. Elle doit être tout aussi souvent administrative et tenir compte également et peut-être surtout de considérations d'opportunité.

Il est nécessaire de faire, quant au caractère de la voie de recours, une distinction très importante : le recours permettra-t-il un réexamen complet du cas, sous tous ses aspects, selon les exigences d'une bonne administration, ou seulement un contrôle du point de vue de la sauvegarde des droits d'un intéressé ? Cette différence est capitale; d'elle dépendra la composition des instances de recours, les cas de recours, la procédure à suivre. Ainsi notre troisième domaine se subdivise en deux, l'un restant administratif, l'autre devenant judiciaire. Les affaires du premier groupe sont donc purement administratives, celles du second sont « justiciables » quoique dans un sens un peu différent des « grandes affaires justiciables » qui, elles, s'opposent directement aux grandes affaires politiques.

Quatrième remarque : tout ce contentieux administratif (que le pourvoi vise le réexamen total ou partiel du cas) est dominé par des considérations complexes de bonne administration, plus que par des considérations d'unité et d'uniformité,

comme c'est le cas en bonne justice. Sur ce point aussi, ce domaine se sépare, même sous son aspect « judiciaire », de celui des « grandes affaires justiciables ». Il en résulte que l'instance d'appel doit être spécialisée dans la branche administrative en question, autant sinon davantage que la première instance. Ce serait donc une grave erreur, selon moi, de surcharger la Cour internationale de Justice des affaires de droit international administratif. Le maintien du haut prestige indispensable à cette Cour, et les nécessités de la spécialisation en souffriraient. Les mêmes arguments valent en matière de droit pénal international. Pour toutes ces spécialités, pénales ou administratives, il faut des tribunaux spéciaux, permanents ou passagers.

Cinquième remarque : on pourrait se demander s'il faut deux ou trois instances pour les affaires administratives, là où l'on admet l'idée du recours. La préférence actuelle, je le sais, va au système des deux degrés, qui est tenu pour un progrès. Le droit interne connaît une tendance au raccourcissement des instances. Pourtant nos ancêtres n'avaient pas établi sans de bonnes raisons le système des trois degrés. Pour des motifs d'économie — de temps et d'argent — l'administration de la justice est revenue à l'appel unique, le troisième degré étant incomplet (cassation) ou même supprimé. La triste vérité est que la seconde instance est souvent moins avertie, moins spécialisée, plus loin de la réalité et plus formaliste que la première. Le remède est l'existence d'une troisième instance; celle-ci se trouvera en face de deux décisions conformes, ou de deux décisions contradictoires et, dans ce dernier cas, elle pourra choisir en pleine connaissance de cause. L'inconvénient de l'appel unique semble plus grand encore sur le terrain international qu'en droit interne. Il ne faudrait naturellement, non pas permettre un recours contre les décisions de la Cour mondiale, prise comme premier ou second degré, mais intercaler

une cour d'appel internationale, de caractère permanent, pour statuer en deuxième ressort sur quelques matières spéciales de l'administration internationale. Les points plus techniques de l'affaire ayant déjà été discutés devant deux instances, perdraient de leur importance devant la troisième instance, qui serait d'autant mieux placée pour trancher les points de droit.

Sixième et dernière remarque : j'incline à croire que votre Exposé préliminaire et votre Questionnaire visent uniquement la subdivision *judiciaire* du contentieux administratif, selon la distinction indiquée plus haut. Cela implique de nombreuses réponses négatives à vos questions. Vous penserez peut-être que c'est là limiter considérablement le sujet. Je ne sais, mais il me semble que la subdivision *administrative* ne devrait pas être sacrifiée non plus.

* * *

En relisant votre Questionnaire, je constate que mes observations présentées ci-dessus impliquent des réponses à la plupart de vos judicieuses questions. Néanmoins, il est peut-être utile de les reprendre sommairement une à une, comme suit :

Ad. 1. Dans quelques matières un tel recours serait désirable, même indispensable. Voir e.g. quelques affaires de Dantzig devant le Conseil de la Société des Nations. Les travaux de la Commission ne seraient pas complets, s'ils passaient sous silence cette partie toujours plus importante de l'administration internationale.

Ad. 2. Cela dépend des détails des diverses matières touchées par ces décisions. Mais quelquefois, ce pourrait être même indispensable.

Ad. 3. Il faut d'abord savoir si le besoin en a été déjà ressenti quelque part.

Ad. 4. Les grandes affaires justiciables doivent rester à part. La question se présente pour elles sous un autre aspect, celui de l'institution de l'appel pour les divers tribunaux internationaux. Ce problème ne se laisse pas traiter comme la subdivision d'un autre.

Ad. 5. Ceci arrive fréquemment dans le droit international administratif. Mais ces cas, à l'ordinaire, ne sont pas non plus en même temps, des « grandes affaires justiciables ». On les qualifierait seulement de « judiciaires ».

Ad. 6. Il faudrait tout d'abord organiser l'exécution forcée de toutes les décisions judiciaires internationales beaucoup mieux qu'elles ne l'est en ce moment .C'est une question de détail, dont la solution dépendra, inéluctablement, des principes adoptés comme bases de cette organisation. A mon avis, ce serait désirable.

Ad. 7. Tout cela dépend du contenu concret de chaque branche administrative spéciale et des besoins réellement ressentis dans chaque cas.

Ad. 8. Cela dépend du droit éventuel à sauvegarder. Si le droit lésé est e.g. un droit de l'homme, peu importe quelle est la collectivité qui a abusé de ses pouvoirs et comment elle a commis cet abus.

Ad. 9. Une telle règle générale n'existe évidemment pas. C'est une question très grave même en droit interne. Il est indéniable qu'il y a des cas de nullité manifeste, ne requérant aucune annulation, même s'ils sont rares. La question dépasse le cadre du contentieux administratif, elle est plus générale. Pour autant qu'il soit possible d'énoncer une règle conventionnelle à l'avance sur la question, il y a moins de danger à stipuler que les nullités, en général, ne peuvent être invoquées unilatéralement, que de laisser la voie libre au principe contraire. Ce serait une grave omission de ne pas insérer une

clause concernant l'impossibilité de se prévaloir d'une nullité unilatéralement, dans une convention sur le contentieux administratif international.

Ad. 10. Ce qui importe, ce n'est pas que le délai soit prévu ou non, c'est qu'une procédure de recours le soit. Si c'est le cas, on devrait l'épuiser, et permettre après seulement, si c'est encore nécessaire, un recours à un autre pourvoi, qui devrait être judiciaire, et en aucun cas politique.

Ad. 11. Décidément, ce serait aller trop loin.

Ad. 12. Pas « exempter », mais ne pas penser au domaine de la haute politique internationale du tout comme *susceptible d'une révision* par la voie judiciaire. Que la haute politique collective elle-même devrait dans son propre domaine tenir compte davantage des droits est une autre question.

Ad. 13. Non pas tous les actes politiques des Etats dans le domaine international, mais seulement les actes de la haute politique collective internationale doivent être incontrôlables par la voie judiciaire. La question des domaines réservés même est mûre pour un remaniement.

Ad. 14. Tout cela et leur *quo usque* dépendent de la manière. Les abus de pouvoir devraient, en tout cas, pouvoir être réprimés par la voie judiciaire.

Ad. 15. Oui, pour certaines matières ; pour d'autres les possibilités de révision devraient être admises assez librement. (Voir l'appel institué par l'article 10 de l'Accord II de Paris, susindiqué.)

Ad. 16. Tout cela dépend de la matière. Même dans un code de procédure, le règlement de tout cela exigerait un grand nombre de dispositions.

Ad. 17. La réponse à cette question exige, à mon avis, une trop grande expérience. D'abord, on devrait ouvrir la voie à

une critique plus libre et moins unilatérale de tout ce qui existe et qui a été créé récemment, et ensuite laisser se développer les règlements jugés nécessaires dans une voie honnête et sincère.

Ad. 18. A la première question : une meilleure administration et un plus grand respect pour les droits dans la vie internationale. A la seconde : selon le cas, oui.

Ad. 19. A la première question : votre Exposé préliminaire en cite quelques-unes. Le cas que je connais de ma propre expérience, et que j'ai cité plus haut, tombe dans le cadre de « l'institution de l'appel au sein de la juridiction internationale proprement dite », par conséquent reste en dehors de notre thème spécial, me semble-t-il. A la seconde : quant aux expériences acquises sur ce dernier terrain, je reste au besoin à votre disposition.

Ad. 20. Cela dépend de la matière.

Ad. 21. Cela dépendra de la matière, et des buts poursuivis par le recours.

Ad. 22. A la première question : ceux qui y ont un intérêt immédiat, si c'est un pourvoi de caractère administratif. Ceux dont un droit est lésé, si c'est un pourvoi de caractère judiciaire.

A la deuxième question : quelquefois peut-être ou concurremment, mais pas s'il a lui-même, ou sa décision, un caractère judiciaire, car un tribunal ne peut pas être partie, dans une affaire décidée par lui, devant l'instance supérieure, selon nos conceptions traditionnelles.

A la troisième question : il est souhaitable que l'on en trouve un.

Ad. 23. A la première question : cela dépend tout à la fois de la qualité de l'instance supérieure et de l'organisation internationale en question. Il y a des instances devant lesquelles seuls des Etats peuvent être partie ; on devra alors se confor-

mer à cette règle (voir l'institution d'appel par l'Accord II de Paris mentionné plus haut). Il y a des organisations internationales qui pourront bientôt réclamer les mêmes droits que les Etats sous ce rapport, devant la Cour mondiale même, et donc à plus forte raison devant des tribunaux internationaux de moindre importance.

A la deuxième question : non pas devant la Cour mondiale. Ailleurs aussi une certaine prudence est indiquée à cet égard.

Ad 24. Plutôt oui, dans les procédures ressemblant à des procès, et plutôt non, dans celles qui ressemblent à des procédures de juridiction gracieuse, destinées à prévenir et non pas à remédier à des violations du droit.

Ad 25. Franchement, je suis assez sceptique quant à la possibilité de mettre sur pied une convention générale qui soit satisfaisante et utile. Même une convention spéciale pour chaque organe international rencontrerait, à mon avis, de grandes difficultés pratiques. J'attendrais un meilleur résultat de l'insertion de dispositions spéciales sur les voies de recours possibles et désirables, et ayant caractère de contentieux administratifs, dans les conventions réglant les diverses matières aussi sous d'autres rapports, selon les besoins.

Ad 26. A mon avis, la clause facultative existante suffirait pour le moment. On pourrait s'en servir, le cas échéant, en suivant l'exemple de l'article 10 de l'Accord II de Paris, déjà cité. Les règles de procédure existantes de la Cour mondiale suffiraient également, même si la Cour est instance d'appel. Je crois que, dans le domaine du droit international administratif, quand on cherche à inaugurer un contentieux administratif, ce n'est pas exclusivement, ni même en tout premier lieu, vers la Cour mondiale que les yeux doivent se tourner, mais vers la création de tribunaux spéciaux internationaux, comptant des membres moins nombreux, choisis parmi des

spécialistes, vers des procédures moins coûteuses et moins compliquées que celle de la Cour mondiale. Celle-ci pourrait être la troisième instance en ce domaine, et exclusivement pour les questions de droit les plus importantes, si la décision même de la deuxième instance n'était pas satisfaisante.

* * *

Je ne sais, mon cher et très honoré Confrère, jusqu'à quel point ma réponse à votre remarquable Exposé préliminaire pourra vous satisfaire. En tout cas, je suis prêt à collaborer avec vous jusqu'à l'extrême limite de mes capacités.

Je vous prie de bien vouloir agréer les assurances les plus empressées de mon plus sincère dévouement.

L. Gajzago

Budapest, le 27 septembre 1951.

Je viens de recevoir votre lettre du 10 septembre, dont je vous remercie vivement.

Je suis heureux de me trouver en relations avec vous dans un travail scientifique aussi sérieux. Le droit dans la vie internationale va terriblement à la dérive, contrairement aux apparences. Votre lettre, malgré sa brièveté, révèle qu'un désir se manifeste, probablement non sans motif, de mettre sous contrôle judiciaire même les organes politiques de la vie internationale, (collectifs ou non, ou se présentant comme tels) cela est tristement symptomatique : la famille des nations a disparu. Il en était autrement au temps du Concert des Grandes Puissances. C'est malheureux, mais il paraît que pour les développements, souvent nous devons tourner nos yeux en arrière, et non pas vers l'avenir. Du moins, nous ne pouvons pas faire autrement, aussi ardemment que nous le désirions.

Peut-on espérer que les organes politiques internationaux se laissent guider toujours plus, dans leurs décisions, par le côté juridique des affaires et qu'un contrôle judiciaire, extérieur, soit inutile ? Cet espoir, que je nourris dans mes *Observations*, serait-il utopique ? Je regretterais de devoir le penser.

La question me paraît plus simple quant aux affaires plus modestes, même influencées par la politique; pour elles, je me suis permis de parler, faute de mieux, de « contentieux administratif international ». Là, le contrôle par des instances supérieures — tantôt judiciaires, tantôt elles-mêmes administratives — ne se heurterait pas, à mon avis, à tant de difficultés.

L. Gajzago

4. Réponse de M. Edvard Hambro

Tjöme (Norvège), le 3 août 1951.

1. Il n'y a aucune raison pour exclure des travaux de la Commission les décisions qui produisent leurs effets dans l'ordre juridique interne d'un Etat ou d'un territoire. D'autre part, il me paraît que la question est un peu trop abstraite et théorique. La réponse à cette question dépend dans chaque cas d'espèce de l'instrument international qui a constitué l'organe en question. Il me paraît, par exemple, tout à fait certain que les décisions d'organes comme la Commission du gouvernement sur le territoire de la Sarre, les décisions du Haut Commissaire de Dantzig et du Gouverneur de Trieste pourraient facilement être soumises à un contrôle international. En tout état de cause la question est suffisamment importante pour mériter un examen approfondi de notre Commission.

2. Ici aussi la première réaction est que la question est posée d'une manière trop abstraite et théorique. Si un traité international institue une administration ou un organe pour admi-

nistrer ou pour gouverner un territoire quelconque, le traité en question peut ou ne peut pas donner une garantie internationale à la constitution ou à la législation d'un tel territoire. C'est seulement sur la base de l'interprétation du texte constitutionnel qu'on peut décider si la réponse à cette question doit être affirmative ou négative. Ma réponse sera donc la même que pour la première question.

3. Il me paraît tout à fait clair que la réponse doit être affirmative. On doit nécessairement pouvoir examiner la validité d'un règlement interne, par exemple, sur la base de la charte constitutionnelle. On peut aussi se souvenir ici de l'existence d'un tribunal administratif d'un organe des Nations Unies aussi bien que de la Société des Nations.

4. En principe, il n'y a aucune raison pour soustraire au contrôle judiciaire les décisions des tribunaux arbitraux ou d'autres tribunaux internationaux. On peut très bien envisager que la Cour internationale de Justice devienne une instance d'appel.

5. Je dois avouer, à ma honte, que je ne parviens pas à saisir la portée de cette question. D'une part, il n'y a aucune raison pour soustraire au contrôle juridictionnel des décisions qui émanent d'un organe international à plusieurs tâches. D'autre part, il n'y a aucune raison non plus pour dire que le contrôle doit s'appliquer notamment à de telles organisations.

6. Une fois qu'une décision judiciaire est prise, une obligation internationale existe, soit la décision créant un nouveau droit, soit la confirmation d'un droit préexistant. Dans les deux cas, l'Etat contre lequel la décision est prise est tenu de l'exécuter. S'il y a un désaccord entre les deux Etats, ce désaccord constitue un problème juridique qui peut être résolu d'une manière judiciaire. D'autre part, si l'Etat qui a l'obligation d'exécuter la décision refuse de le faire, il n'y a aucun doute

que cette obligation internationale peut être encore une fois confirmée par la Cour internationale de Justice, qui peut aussi, le cas échéant, décider qu'une réparation de dommages doit être payée au lieu de l'exécution de la décision en question. L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire Haya de la Torre nous donne un exemple intéressant.

7. Comme règle générale, il faut dire que toute décision prise par un organe international en principe doit être prise en conformité avec le droit international, et pour cette raison — en théorie en tout cas — toute décision de tel ordre peut être soumise à un contrôle judiciaire. D'autre part, on peut dire tout de suite qu'il y a des questions d'opportunité qui ne devraient pas être tranchées en dernier ressort par un organe judiciaire.

a) Il n'y a aucune raison pour exclure de telles décisions, mais là aussi on doit plutôt viser les abus de pouvoir et les excès de pouvoir que des décisions d'opportunité;

b) De telles décisions peuvent en principe être soumises au contrôle judiciaire. Il n'y a aucune raison, par exemple, de refuser à une cour internationale de statuer sur la légalité d'un traité international qui peut aller à l'encontre d'une obligation internationale antérieure. Un exemple serait un traité conclu par un organe régional contre les règles de la Charte des Nations Unies.

c) Je ne vois pas l'utilité de soumettre à un contrôle judiciaire une mesure préparatoire qui peut rester sans suite aucune. La meilleure méthode à adopter serait plutôt un avis consultatif ou un arrêt déclaratoire.

d) Les recommandations d'un organe international — comme par exemple, l'Assemblée des Nations Unies, sont si importantes qu'elles devraient en tout état de cause être soumises à un contrôle judiciaire.

8. Il faut avouer qu'il serait difficile d'instituer un contrôle judiciaire pour des décisions prises à l'unanimité par des Etats parties à une organisation internationale. D'autre part, on ne peut pas nier que même une décision tout à fait unanime peut être illégale et peut aller à l'encontre de la charte constitutive d'une telle organisation. Si tel était le cas, il n'y a, en principe, aucune raison pour un tribunal international de ne pas statuer sur cette question d'illégalité.

D'autre part, il faut aussi dire qu'une décision unanime peut très bien être la base ou le point de départ d'un droit coutumier.

9. Il n'y a pas en droit international une règle absolue concernant le devoir de contester en temps utile une décision. D'autre part, il n'y a pas non plus une règle qui dit que toute décision viciée est absolument nulle. On peut dire que les règles de bonne foi et l'application du principe d'estoppel peuvent empêcher un Etat de contester une règle quand il ne l'a pas fait en temps utile. D'autre part, il faut se dire qu'il y a une tendance dans le droit international, comme dans la plupart des systèmes nationaux, d'attribuer une grande importance à l'élément de temps. Une coutume peut être créée et une prescription peut empêcher les Etats de contester plus tard le droit qui avait existé depuis un certain temps.

10. Il me paraît logique de dire que l'institution d'une procédure spéciale pour un contrôle judiciaire doit empêcher toute autre procédure.

11 à 14. Si l'on accepte la suprématie du droit dans la communauté internationale on voit difficilement quels organes internationaux auraient en soi un tel caractère que leurs décisions devraient être soustraites à tout contrôle juridictionnel. Et l'on ne voit pas non plus quelles décisions devraient en soi être exemptes d'un tel contrôle. D'autre part, il faut recon-

naître — presque comme un principe général du droit — que des décisions d'opportunité ou des décisions discrétionnaires sont en dehors de tout contrôle sauf pour abus de pouvoir ou excès de pouvoir. On ne peut pas ignorer qu'une compétence discrétionnaire peut être tout de même une compétence liée, une compétence limitée. Un organe judiciaire doit donc pouvoir statuer sur la question si ces limites ont été outrepassées. Mais il y a aussi une autre considération qui a une grande importance dans notre domaine. Est-ce que la décision judiciaire sera respectée ?

On a vu dans la première affaire consultative devant la Cour internationale de Justice sur l'admission d'un Etat comme Membre de l'Organisation des Nations Unies que la Cour a statué sur la compétence de l'Assemblée générale et du Conseil de Sécurité. La Cour a discuté un pouvoir discrétionnaire mais lié. D'autre part, on a pu constater que l'avis de la Cour n'a eu aucun effet réel dans la pratique ultérieure de l'Organisation. On se demande donc si un tel recours a une vraie utilité. Certes, un avis de la Cour a toujours son utilité. Un problème épineux a été discuté sans passions politiques à un niveau extrêmement élevé. Au point de vue juridique, une nouvelle lumière a été jetée sur une question douteuse. Une stipulation de la Charte a été éclaircie, des règles d'interprétation ont été élucidées. Mais au point de vue pratique, le résultat a été mince. Et le fait même qu'un avis de la Cour est resté sans suite pratique est sérieux, même malgré une Résolution de l'Assemblée générale qui a pu sauver, au point de vue formel et théorique, l'honneur de la Cour et le respect pour la solution judiciaire. On est porté à croire qu'une décision juridique qui n'est pas traduite en pratique porte atteinte au respect du droit. Si de tels cas se multiplient, la distance entre le droit et la pratique peut devenir trop grande et le droit en souffre.

On a vu cela plus d'une fois dans le domaine de la juridiction consultative de la Cour. On le voit aussi si l'on donne un jugement *in absentia*. Si un Etat n'est pas prêt à paraître devant une Cour, il n'est — en toute probabilité — pas prêt à exécuter le jugement non plus. Le juriste ne peut pas ignorer que plus de la moitié des Etats du monde n'ont pas accepté la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice. Parmi les autres, on trouve un grand nombre de réserves plus ou moins importantes. On se demande donc si le moment est venu de décider que chaque décision internationale soit soumise à un contrôle judiciaire. Peut-être doit-on au contraire conseiller une prudence plus grande avant de surcharger le droit et les organes judiciaires.

15 à 16. Si l'on confère un pouvoir juridictionnel à un organe international, il paraît difficile de limiter la compétence à certains vices. Il faut laisser la détermination de la validité ou non-validité de la décision à la libre appréciation des juges.

17. Il me semble que la faiblesse de l'organisation internationale n'est pas l'absence de recours judiciaire, mais plutôt qu'on ne désire pas toujours chercher des solutions juridiques. En revanche, on cherche parfois des solutions juridiques à des questions qui sont plutôt politiques. Un plus grand nombre d'instances internationales ne résoudraient nullement ce dilemme. D'autre part, on doit trouver une possibilité de donner accès direct aux tribunaux à des organisations internationales. On ne peut pas en bonne logique se contenter d'un état de fait qui reconnaît la personnalité internationale à ces organisations mais ne leur donne pas accès à la Cour internationale de Justice.

18. Un avantage est offert par le fait que la décision est obligatoire pour tous les participants — mais, bien entendu, seulement si elle est vraiment acceptée par tous. Un autre

avantage est offert par le fait qu'un organe judiciaire est plus stable qu'un organe politique. La Cour internationale de Justice est permanente en la personne de ses Membres tandis que les délégués qui représentent des Etats dans de différents organes internationaux changent très souvent. D'autre part, on ne peut pas ignorer qu'un organe politique comme l'Assemblée générale ou les différents conseils de l'Organisation des Nations Unies peuvent très bien développer un esprit de corps et créer une pratique ou jurisprudence plus ou moins permanente.

Un troisième avantage est qu'un organe judiciaire peut trouver des décisions de principe, c'est-à-dire vraiment juridiques, sans être influencé par des passions politiques. C'est là un véritable avantage, bien qu'on puisse aussi trouver une solution juridique par le moyen de commissions juridiques ou comités *ad hoc*. Indéniablement les départements juridiques des secrétariats internationaux exercent-ils une bonne influence et les conseillers juridiques des différentes délégations essaient-ils aussi parfois d'obtenir des résultats basés sur le droit international. Mais on voit malgré toutes ces tendances que les délégués ou les membres de tels comités votent avec leurs délégations. La conclusion est que l'avantage est seulement relatif. Mais si les membres d'un organe international désirent vraiment trouver une solution juridique, la meilleure méthode est sans aucun doute de soumettre le problème à un tribunal international.

19. Il me semble que l'institution des avis consultatifs constitue un tel recours mais, comme je crois l'avoir montré dans mes commentaires aux questions 11 à 14, l'expérience n'est pas concluante.

20. La réponse doit être négative. Toute l'utilité d'un organe judiciaire peut disparaître si les juges doivent aussi prendre des décisions politiques.

21-22. Probablement chaque partie contractante, aussi bien que l'organe en question. Et on peut envisager également de donner une telle compétence au secrétariat de l'Organisation, par exemple le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Les mêmes personnes devraient en principe pouvoir défendre la validité de la décision. D'autre part, on ne doit pas exiger des parties *stricto sensu* dans un tel domaine. On pourrait envisager un mélange de procédure consultative et contentieuse.

23. D'après ce qui vient d'être dit, on doit donner la compétence active, c'est-à-dire la possibilité d'entamer un procès, aux organes internationaux. D'autre part, il nous semble qu'il n'y a pour le moment aucune nécessité de donner une telle compétence aux individus.

24. Cette question se pose d'une manière différente pour de différentes classes de décision. Pour quelques questions, on verra facilement la nécessité d'un délai assez court. Pour d'autres, on ne la voit pas, sauf le risque d'un estoppel ou d'une prescription.

25. A mon avis, plutôt des conventions spéciales, étant donné la diversité d'organes et leurs besoins différents. On ne voit même pas comment une convention générale pourrait être adoptée tandis que des décisions d'espèce sont possibles et pratiques.

26. Non. L'article 36 est assez général. La nécessité surgit seulement si l'on désire procéder à l'aide d'avis consultatifs. Mais il faut élargir l'article 34 pour conférer une compétence aux personnes internationales autres que les Etats.

Edvard Hambro

5. Observations de M. Antonio de Luna

Madrid, le 28 novembre 1951.

Cher et très honoré Confrère,

. . . . . .

Observations

1. C'est un devoir de tout internationaliste que celui de rendre possible, moyennant la création de la technique nécessaire, la diminution graduelle du domaine qui, dans les relations internationales, est abandonné au jugement individuel des Etats, avec le risque que celui-ci soit arbitrairement utilisé et mis au service des égoïsmes étatiques, d'où un dommage pour la société internationale et un danger pour la paix. Le progrès de l'ordre social de l'Humanité se caractérise par une « juridification » croissante des relations sociales, moyennant l'institutionnalisation, la division du travail et l'application des normes de procédure. Evolution qui est loin d'être terminée de nos jours, puisque — et laissant de côté le droit international où elle a à peine commencé — même en ce qui concerne le droit interne, la juridiction administrative est assez récente, et aujourd'hui il y a encore de nombreux Etats qui ignorent la juridiction constitutionnelle. En vertu de cette évolution, des secteurs de la vie sociale, de plus en plus larges, sont neutralisés, « dépolitisés ». De cette manière on gagne, sinon pas toujours en justice, au moins en sécurité, en calculabilité des conséquences juridiques de nos actions en société. On évite surtout que ces conflits déclenchent une franche lutte, moyennant la conversion des conflits d'intérêts qui s'opposent en de simples différences d'opinion au sujet de l'interprétation de normes juridiques, résolues avec autorité de chose jugée par des décisions juridictionnelles.

2. Mais ce processus ne continue pas *ad infinitum*, ni en droit interne ni en droit international. Il y a des domaines qui, de par leur nature, ne peuvent pas être soumis à un règlement juridique quelconque, ou bien, si le droit les règle, il le fait d'une manière seulement négative; et de toutes façons, réglés ou non réglés, ils ne sont pas justiciables : par exemple, la politique et l'amour.

3. Mais en politique, qui est tout déploiement de volonté de puissance pour la réalisation du bien commun social, en plus de la difficulté technique, comme dans l'amour, de ne pas pouvoir régler ce qui par sa nature est irréglable, parce qu'il n'est pas susceptible d'être soumis à l'abstraction, à la généralisation et à la rationalisation essentielles au droit, il se présente une autre difficulté, inhérente à la dynamique de tout pouvoir. Quand l'équilibre objectif du pouvoir s'altère (qu'il s'agisse de pluralisme politique à l'intérieur ou de *balance of power* à l'extérieur), la garantie indirecte qui permettait l'observation du droit disparaît; celle-ci est alors abandonnée à l'appréciation subjective des intéressés, qui agiront *secundum legem* ou *contra legem* selon leur propre conviction ou utilité. Ce qui ne veut pas dire qu'en agissant contre la loi, ils aient toujours conscience nette d'agir contre la justice, bien loin de là, le contraire est ce qui se passe généralement.

4. C'est pour cela que même dans le droit interne, il existe, d'une part, dans la pratique de certains Etats à contentieux juridictionnel développé et par exception aux règles normales de ce contentieux, des actes de l'autorité gouvernementale et de ses agents qui sont *totalement* soustraits, dans tous leurs éléments au contrôle juridictionnel parce qu'ils sont de nature politique : « Actes de Gouvernement », « Hoheitsakte », « Acts of State », « Political Questions »; là où il n'existe pas cette catégorie d'actes ou bien là où l'on réclame sa disparition,

il existe toujours, quand même, une catégorie spéciale d'actes discrétionnaires, qui à raison de leur caractère, échappent, eux aussi, dans leur intégralité, au contrôle juridictionnel. Parmi ces matières qui relèvent de la nature d'actes de gouvernement, on peut énumérer les actes relatifs aux rapports du Gouvernement avec le Parlement, l'exercice du droit de grâce, certaines mesures de sûreté publique intérieure en cas de crise ou de guerre, les problèmes relatifs à la politique internationale et au service diplomatique, etc. D'autre part, il y a aussi des conflits qui, quoique normalement soumis à une réglementation juridique, se chargent d'une si grande tension politique, qu'on ne les soumet pas, même dans les plus parfaits régimes d'Etat de droit, à la connaissance et à la décision des tribunaux : une grève générale, par exemple; pour la résoudre, il ne manque pas un ordre normatif — le contrat de travail — mais une des parties, au moins, estime que le droit en vigueur est injuste, prétend lui faire substituer un nouveau droit et a, en plus, la puissance nécessaire pour qu'on n'applique pas l'ancien droit. Ici il s'agit en réalité d'un problème de distribution du pouvoir, et c'est pour cela que sa solution ne peut pas être non plus juridictionnelle, mais politique. Duguit, donc, voyait juste, quand il disait que la grève était « un fait de guerre sociale ».

5. Cela va sans dire qu'un grand avantage résulterait pour la paix sociale, si on réussissait à organiser, et dans le domaine interne et dans le domaine international, un système dans lequel la solution de tous les conflits possibles ne serait pas abandonnée à l'arbitraire politique et au résultat du jeu des forces en présence, mais soumise, au contraire, à l'objectivité, neutralité et spécialisation des juges. Malheureusement, cela n'est pas possible. Non pas parce qu'il y aurait des conflits, et dans le domaine interne et dans le domaine international, qui ne pourraient pas être *jugés* par les tribunaux, mais parce que, quoique justiciables, ils ne pourraient pas être *résolus*.

Tout conflit international est un conflit juridique, parce que dans tout conflit la juridiction internationale peut accomplir sa fonction de *déclarer le droit*, mais malheureusement, ce qu'elle ne peut pas faire, dans certains conflits, c'est accomplir une fonction, encore plus essentielle, sa fonction de paix, en *éliminant le conflit*. Tout conflit peut donc être justiciable, c'est-à-dire tranché par la décision d'un tribunal. Evidemment, le critère de sa justiciabilité n'est pas l'importance ou la gravité d'un conflit, ni son caractère politique ou non politique. La justiciabilité d'un différend dépend de ce qu'on peut ou non le résoudre en vertu d'une norme de droit international. Sans aborder le problème des « lacunes techniques » du droit, et même en admettant, comme il faut l'admettre, que du point de vue matériel il n'y a pas de doute qu'il existe des relations sociales non juridiquement réglées; comme les frontières du droit sont fixées par le droit même, et le domaine de liberté où le droit ne pénètre positivement est aussi une création du droit, tout ce qui n'est pas défendu est permis. Si donc un litige est porté devant une juridiction internationale, et que celle-ci trouve qu'il n'y a pas de règle le concernant, elle n'aura pas besoin de prononcer un *non liquet*, puisque elle doit déclarer qu'il n'existe pas de droit à faire valoir par l'une des parties contre l'autre; que l'Etat mis en cause, était dans son droit de se conduire comme il s'est conduit, et aboutira au rejet de la demande parce que non fondée en droit.

6. Mais si tous les conflits, même politiques, peuvent être jugés par un tribunal, cela ne veut pas dire que tous les conflits peuvent être résolus par une décision judiciaire, parce que, quand il s'agit des conflits graves, qui engagent la distribution du pouvoir, bref, des conflits politiques, la simple autorité du juge ne suffit pas pour vaincre la résistance que les intérêts engagés dans le conflit opposent à sa solution; et le conflit, nonobstant la décision judiciaire, reste vivant, soumis à la

respective situation de pouvoir des parties (y compris naturellement l'observation du droit qui a déjà, par elle-même, un certain pouvoir avec lequel il faut compter). C'est cela qui explique que les questions qui dérivent de l'application d'un contrat individuel de travail, peuvent être résolues par une juridiction, même dans le cas où elles engagent l'existence d'une des parties; et au contraire, les questions de même nature qui engagent directement ou par solidarité une grande masse de travailleurs, demeurent les mêmes après la décision judiciaire, si les ouvriers en question jouissent d'une grande force politique : dans une certaine mesure, l'inversion qu'on a faite, pour le domaine du droit international, de la vieille maxime de procédure — *de maximis non curat praetor* — est aussi valable pour le droit interne.

7. C'est donc une erreur de croire que les tribunaux internes réussissent à résoudre pacifiquement des conflits qui, sans leur intervention, aboutiraient à une guerre civile ou à une révolution. Ainsi la Cour suprême des Etats-Unis ne put pas résoudre le conflit entre le Nord et le Sud, ni ne put empêcher la guerre de Sécession d'éclater, même après avoir jugé le cas Dred Scott et avoir décidé la conservation du *statu quo* dans le problème de l'extension territoriale de l'esclavage.

8. Voilà pourquoi si on tâche de transformer la politique en juridiction, on aboutit seulement à transformer la juridiction en politique. Et s'il était possible d'instaurer un authentique gouvernement des juges, sa constitution soulèverait des controverses politiques acharnées, déclencherait des révolutions et même des guerres. Si on universalisait la juridiction internationale en y soumettant toute classe de conflits y compris les conflits politiques, non seulement on n'avancerait pas beaucoup dans la voie de sa solution pacifique, mais ce qui est pire encore, on contribuerait au discrédit du droit et des

tribunaux internationaux, parce que, comme à l'époque du droit international qu'on a nommée « sotériologique », de 1920 à 1930, avec sa formule « arbitrage, sécurité, désarmement », on susciterait de faux espoirs dans l'opinion publique sur ce que le droit international est en mesure d'accomplir. Et alors, par cet échec, on ferait perdre confiance dans le droit international, même dans des fonctions plus humbles qu'il est en mesure d'accomplir.

9. La C.P.J.I. avait donc raison quand, dans l'Arrêt du 7 juin 1932 sur les Zones franches, elle refusa d'accomplir la mission dont la chargeait l'article 2 du compromis, de régler pour l'avenir le régime économique des territoires en litige, pour la raison que le « règlement de ces matières est non pas une question de droit, mais une question qui dépend du jeu des intérêts économiques réciproques, pour lesquels aucun gouvernement ne saurait accepter le contrôle d'un organe extérieur. Ces questions sont en dehors du domaine où une cour de justice, dont la tâche est d'appliquer des règles de droit, peut aider à la solution des différends entre deux Etats. » Et quand la Cour a oublié cette vérité et a connu des questions qui, quoique justiciables, comme toute question internationale, ne pouvaient pas être résolues parce qu'il s'agissait « d'une question politique sous forme juridique » (opinion dissidente de Krylov, C.I.J., *Recueil* 1948, p. 107), cette attitude, comme le déclare Morgenthau (*Politics among Nations*, p. 347) « drew the Court into a confusion which led to the greatest intellectual debacle of that judicial agency »; ce fut le cas de l'Avis Consultatif du 5 septembre 1931, sur le régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, émis avec quatre opinions différentes et dans lequel sept juges s'identifièrent avec les deux opinions concurrentes et sept autres signèrent des opinions dissidentes; et de l'Avis Consultatif du 28 mai 1948 sur l'admission d'un Etat aux Nations Unies émis par neuf voix

contre six, dans lesquelles deux opinions individuelles et trois opinions dissidentes. Hélas, le désarroi et la confusion de la Cour n'aboutirent à aucun résultat pratique, puisque l'Avis Consultatif de 1931 n'empêcha pas l'Anschluss de se réaliser, ni celui de 1948, la Russie de continuer à faire dépendre son consentement, pour l'admission de l'Italie et de la Finlande comme membres des Nations Unies, de la condition que la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie seraient également admises.

10. Il faut donc se demander quels sont les *conflits politiques* dont la juridiction internationale *peut* bien prendre *connaissance* (puisque tout conflit, même un conflit politique, est en même temps un conflit juridique), mais *ne doit* pas le faire, parce que incapable de les *résoudre* (indépendamment du fait que la solution *convenable* exigerait de tenir compte d'éléments non normatifs pour l'appréciation desquels la juridiction internationale n'est pas apte), étant donné que cette juridiction ne fonctionnerait pas dans une situation d'équilibre du pouvoir, qui permettrait aux forces sociales sur lesquelles elle s'appuie — y compris celle de l'inertie sociale de l'ordre établi et celle de l'opinion publique — de créer la « chance » sociale nécessaire pour assurer le respect de ces décisions. Politique, nous l'avons dit, est toute volonté de pouvoir pour la réalisation du bien commun. Mais s'il en est ainsi, toute relation sociale, tout conflit entre hommes, peut se convertir en conflit politique quand son objet a une relation essentielle ou symbolique avec le plan concret de bien commun qu'on tâche de réaliser. Voilà pourquoi Gabriel Tarde put dire en 1899 (*Les Transformations du Droit*, p. 2) : « Il n'est pas une forme de l'activité sociale qui, par quelque côté, à quelque moment, c'est-à-dire lorsque elle est *entravée* dans son cours, ou, au contraire, lorsqu'elle est *surexcitée*, ne devienne politique »; et postérieurement Balch, Hudson, Schmitt, Lauterpacht, Morgenthau, Oncken, Borchard, Brierly, Schindler, Hedges, Redslob, Verosta,

Alvarez et Ipsen d'affirmer qu'il n'y a pas de différends qui devraient être considérés comme étant toujours et partout de nature politique et d'autres qui seraient sans aucune exception des différends non politiques. Voilà pourquoi toutes les définitions qu'on a tâché de donner des conflits politiques ont échoué, en commençant par la tentative de la Deuxième Conférence de la Paix de La Haye de rédiger une liste des questions définitivement classées comme non politiques. Des vingt-six questions proposées, seulement une petite minorité put être acceptée, et pas même à l'unanimité, puisque certaines questions que tel Etat considérait, du point de vue de ses intérêts particuliers, comme dépourvues de tout caractère politique, apparaissaient à tel autre comme ayant ce caractère, ou tout au moins, comme susceptibles de l'avoir. Rien d'étonnant à ce que cela se passe en droit international, lorsqu'en droit interne on n'a pas pu, non plus, fixer à priori quels étaient les actes qui, par leur nature, étaient ou non des « actes de Gouvernement », « Hoheitsakte », « Acts of State » ou « Political Questions » et on a dû se contenter, faute de pouvoir fournir un critérium précis, d'une simple énumération empirique basée sur la jurisprudence. Ce n'est pas par plaisanterie, mais bien parce que tout conflit international peut devenir politique que la Russie en 1899, lorsqu'elle proposa l'arbitrage obligatoire pour une liste de conventions de caractère purement technique, entre lesquelles était comprise celle pour la prévention du phylloxera, n'oublia pas d'y inclure la clause de réserve des intérêts vitaux et de l'honneur national; en effet, même le phylloxera pouvait, à l'occasion, les engager, s'il devenait l'objet d'un différend enveloppé dans une tension politique. Il est donc impossible d'établir une distinction objective entre questions politiques et non politiques, étant donné que la notion du politique n'est pas nécessairement inhérente à certains objets déterminés, comme elle n'est pas nécessairement absente

d'autres. Voici pourquoi la tentative de Marshall-Brown d'énumérer d'abord les conflits politiques et de définir, ensuite, comme conflits juridiques tout le reste, était d'avance condamnée à échouer.

11. Le droit est de par sa nature stabilité, prévision, sécurité. En maintes occasions la « calculabilité » des conséquences de nos actions futures en société est plus importante que leur justice intrinsèque : par exemple dans la prescription. Le droit positif est cristallisation normative d'une réalité sociale *passée*. Le droit est essentiellement *statique*. De là sa résistance au dynamisme de l'histoire. Il n'y a de sécurité que dans le droit qui a une vigueur inflexible. Certes on peut créer du nouveau droit et déroger à celui qui n'est plus en accord avec les nouvelles circonstances, mais tant qu'il dure, s'il est destiné à stabiliser et ordonner la vie, il ne doit pas refléter la fragilité et l'inconstance d'un changement permanent d'hommes et de choses. Tout ordre juridique consacre une délimitation des domaines de pouvoir préexistant en quelque sorte dans la réalité et se dresse contre toute modification de ceux-ci, parce que comportant un élément de trouble, d'imprévisibilité, de danger.

12. La politique, au contraire, est essentiellement une réalité *dynamique* qui tend vers le *futur*. C'est la lutte pour le pouvoir dans l'ordre établi ou contre cet ordre; c'est le risque, l'imprévisibilité, l'audace; c'est cette *fortuna* dont parlaient Aristote et Machiavel. La politique est toujours un compromis entre diverses volontés qui se disputent le pouvoir pour réaliser de différente façon le bien commun. La résultante des forces en jeu qui conduit à un certain compromis hier, n'existera plus aujourd'hui, et moins encore demain. Il en résulte qu'entre politique et droit il y a toujours un décalage, une *tension*, bien que le droit ait été « posé » par la politique : mais c'était la poli-

tique d'hier, non celle d'aujourd'hui. Mais en plus, outre cette tension qui se produit simplement par le cours du temps, le droit, étant donné son caractère statique et le caractère dynamique de la politique, a, comme le souligna Huber « une tendance immanente vis-à-vis de son substratum social ». D'abord parce que la politique qui le « posa » est, comme nous l'avons déjà dit, un compromis et une interprétation de la réalité, et, en plus, parce que les institutions juridiques se cristallisent dans la technique juridique en des concepts juridiques, desquels on déduit par de pures opérations logiques de nouvelles normes juridiques, augmentant ainsi la séparation du droit de sa base sociale. Cette divergence entre le droit et son substratum social, résultat de deux processus divers, d'une part, le fait que le droit demeure invariable tandis que la réalité politique change, et d'autre part, la variation du droit conséquence de sa construction technique, est le phénomène que Schindler nomma *écart*. Cet écart ne doit être ni trop grand, ni trop petit. S'il est si grand que le droit ne puisse être exécuté, alors le droit tombe de lui-même et cesse d'être en vigueur, à cause de la révolution à l'intérieur et de la guerre à l'extérieur. Mais si la tension est nulle, c'est-à-dire lorsque ce que le droit pourrait régler se produit de soi-même, la norme de droit est alors sans objet et par conséquent superflue : on ne règle pas le mouvement des étoiles ni les battements d'un cœur amoureux.

13. Pour réduire au minimum cet écart et éviter que la tension ne devienne dangereuse, l'ordre juridique interne dispose des facteurs d'intégration entre droit et politique, qui mettent d'accord le premier avec la seconde. La législation en est le plus important; grâce à elle, on modifie les normes juridiques qui sont en désaccord avec les plans concrets de réalisation du bien commun des forces politiques en jeu. Tous les matins, avec la publication dans le *Journal Officiel*, on mène à bonne fin une révolution légale non sanglante, puisque toute nouvelle

création de droit est en quelque sorte un acte révolutionnaire, étant donné qu'on détruit le droit jusqu'alors en vigueur. La coutume juridique, quoique à un moindre degré, est aussi un facteur d'élasticité de l'ordre juridique. Indépendamment des théories qu'on peut professer sur le droit coutumier, c'est un fait que celui-ci risque moins de s'écarter de la réalité sociale que le droit légal; et, lentement, au fur et à mesure que la réalité change, il varie avec elle, conservant cependant un décalage à cause de son inertie spécifique. La jurisprudence, quoique gardienne du « statu quo » se voit forcée d'appliquer le droit de diverse manière suivant le changement des circonstances politiques, et moyennant des micro-variations, d'une forme lente et presque insensible, elle rend possible, par exemple, l'application actuelle en France du Code Napoléon, bien que les formes politiques soient bien différentes de celles qui motivèrent sa promulgation. Finalement, mentionnons une dernière, mais minuscule voie de pénétration du processus dynamique de la politique dans la structure du droit, qui dérive du fait nécessaire que toute règle juridique a besoin de se manifester par l'intermédiaire des mots. Mais ces mots, éléments d'une langue vivante, subissent des changements de signification, et de cette manière ils introduisent de nouveaux concepts en rapport avec de nouvelles réalités politiques et transforment, en conservant la lettre, le sens de l'ancien droit. Voilà pourquoi les Eglises, qui veulent avoir des dogmes stables, utilisent les langues mortes comme le moyen le plus sûr de leur formulation : hébreu, latin, grec et slave antiques.

14. Dans le droit international, les choses se passent autrement; il y a bien évolution du sens des mots et du droit coutumier, mais par définition il ne peut pas y avoir une législation et une jurisprudence authentiques. Le droit international commun, parce que droit coutumier exclusivement (du point de vue pratique, non pas par une impossibilité théorique) est

celui qui, comme l'avait mis en relief Huber, se trouve dans un rapport plus étroit avec son infra-structure sociale; tandis que le droit international particulier, parce que conventionnel, se sépare plus facilement d'elle. Dans le droit interne, la « positivation » de la volonté de pouvoir dans des formes juridiques se réalise, excepté le rôle minime qui revient au droit coutumier, par le « political superior » d'une manière unitaire; quels que soient les pluralismes qui aient influencé la formation de cette volonté : maximum dans une démocratie, minimum dans une autocratie. Mais même dans une démocratie, il y a toujours un volume plus ou moins grand d'opposition dont le législateur ne peut pas tenir compte dans la « positivation » du droit. Au contraire, en ce qui concerne le droit international, faute d'organes qui soient capables de dicter des normes juridiques, indépendamment de la volonté des sujets singuliers du droit, on exige une certaine unanimité pour la formation du droit international commun, qui par cette raison devient l'expression du précipité juridique des intérêts collectifs permanents des Etats. Le droit international commun, création coutumière, représente les relations générales de fait, desquelles il ne peut pas s'écarter beaucoup, nonobstant l'inertie inhérente à toute norme juridique coutumière, parce que d'autres usages, unis à d'autres convictions juridiques, viendraient aussi tôt le modifier. Mais cette origine, qui exige le consentement, au moins tacite, de tous ou de presque tous les sujets de la société internationale, pour la création de la norme juridique, jointe au nombre réduit de ceux-ci (ils ne sont pas même une centaine, et il est bien connu que l'importance de la volonté unique d'un sujet dans une communauté quelconque, est en rapport inversement proportionnel avec le nombre des autres sujets) ont comme conséquence la rareté des normes communes en droit international en face de l'abondance des normes particulières. Voilà pourquoi, en droit international, il y a une plus grande

difficulté pour transformer la politique en droit, nonobstant la nature coutumière du droit international commun. La conséquence en est l'existence d'un domaine de liberté politique très grand. Mais, qu'il soit difficile ou non, il est évident qu'en droit international commun, malgré le petit nombre de ses normes, la tension ou écart entre politique et droit est minime. L'histoire des relations internationales le confirme; il n'y a pas eu de conflits internationaux au sujet des normes du droit international commun. Mais pour le droit international particulier, c'est une autre affaire. En dehors du fait que maints traités sont le produit de la force, comme le droit international ne connaît ni un supérieur politique, ni un législateur, ni des tribunaux authentiques (ils sont plutôt des simples arbitres qui dépendent *quaod titulum* et *quoad materiam* de la volonté des Etats qu'ils doivent juger), la tension créée entre fait politique et norme juridique par le déplacement dans la structure internationale des forces qui y agissent, est beaucoup plus difficile à résoudre qu'en droit interne : *pacta sunt servanda*, certainement, mais aussi, pas de possibilité de révision objective, comme nous démontre l'histoire de l'article 19 du Pacte de la Société des Nations.

15. Or, cette plus grande difficulté pour intégrer politique et droit en droit international, est la cause de ce que la tension entre les deux devient plus souvent dangereuse qu'en droit interne. Mais les conflits qu'une telle tension politique engendre ont la particularité de n'être pas susceptibles d'une solution pacifique par une juridiction internationale. En effet, si le droit est la consécration d'un *statu quo* et si la juridiction a comme mission d'appliquer le droit, impossible alors de résoudre un conflit politique qui provient précisément de ce qu'une des parties tâche de supprimer ou de modifier l'ancien droit, devenu hors d'état de servir, par le changement subi par les circonstances. C'est la fonction du législateur, non celle du

juge, que de déroger au droit devenu inapplicable et de lui substituer un droit nouveau. Il faut trouver donc la solution non dans des décisions judiciaires, mais dans des nouveaux traités internationaux.

16. Nous avons dit auparavant que tout conflit international est *formellement* un conflit juridique et en conséquence, la justiciabilité ou non justiciabilité d'un différend n'a donc rien à voir avec sa nature politique : un différend est ou non justiciable selon qu'il existe ou non des normes juridiques qui lui soient applicables. Uniquement dans un sens *matériel*, on peut parler de *conflits non juridiques*, c'est-à-dire de conflits dans le domaine que le droit international laisse à la libre décision des Etats. Mais cela ne veut pas dire que ces conflits non juridiques soient des conflits politiques : certes ils peuvent l'être, mais dans la même mesure que les conflits juridiques matériels peuvent être aussi des conflits politiques. Les notions de politique et de juridique ne forment nullement, comme l'a démontré Morgenthau, un couple antithétique ; il n'y a pas un domaine de pur droit subjectif qui ne soit pas en même temps un intérêt, ni un intérêt qui ne soit pas un droit subjectif ou l'opposition non protégée à un droit d'autrui. La notion opposée à celle de question politique est la notion de question non politique, et non pas celle de question juridique, et cette dernière, à son tour, peut être aussi bien de nature politique que de nature non politique. Ce qui d'autre part est confirmé par l'expression d'usage courant entre internationalistes de « traités politiques », c'est-à-dire d'actes juridiques ayant un caractère politique.

17. Tout conflit international, quoique matériellement réglé par le droit international, peut devenir politique, quand il est l'objet d'une volonté de pouvoir. Du point de vue du rapport entre la prétention des parties et le droit international, on peut classer les conflits politiques comme suit :

1. *Conformes au droit international*

a) Méfiance envers la solution juridictionnelle

1. Les parties ne se départent pas dans leurs prétentions des normes juridiques en vigueur, mais le différend, mettant en jeu des intérêts essentiels, a une si grande importance politique, qu'une des parties au moins n'ose pas confier sa solution à une juridiction internationale. Voilà l'explication des clauses de réserve des intérêts vitaux, de l'indépendance, de l'honneur national, de la souveraineté, de la compétence exclusive ou du domaine réservé, qui n'auraient pas de sens si les conflits auxquels elles s'appliquent n'étaient pas susceptibles d'une solution conforme au droit. Il ne s'agit donc pas du fait que ces conflits ne sont pas justiciables, mais de la volonté des Etats de conserver leur liberté d'action politique, qu'ils ne sont pas disposés à aliéner, dans ces cas, en faveur d'une juridiction internationale, malgré leur désir de respecter le droit. En effet, sans droit international, l'indépendance, le domaine réservé, etc., seraient simplement des questions de fait qui dépendraient exclusivement de la puissance respective des parties. Si le domaine réservé est la sphère de compétence exclusive que le droit international octroie à l'Etat, il est impossible qu'une décision basée sur le droit international puisse le violer. Une réserve, donc, du domaine réservé, qui fait du bien fondé de la demande la condition de la compétence judiciaire, a pour seule conséquence que, en ce qui concerne le fond du différend, on ne peut aboutir qu'à des décisions qui accepteraient la demande, tandis que celles qui la rejetteraient se baseraient, non sur le mal fondé de la prétention, mais sur l'incompétence du tribunal. Les conséquences juridiques des clauses de réserve sont donc exactement les mêmes que si elles n'avaient pas été faites, c'est-à-dire, *rejeter la demande*, avec la seule différence qu'au lieu de se baser sur le

mal fondé de la prétention, on se baserait sur l'exception d'incompétence de juridiction.

b) Différends symboliques

Quand entre deux Etats existe une tension politique, des conflits matériellement juridiques peuvent être en relation directe avec la tension, mais sans l'embrasser formellement d'une manière complète, et pour le reste de la tension non intégrée dans le différend, celui-ci peut fonctionner comme symbole de celle-là : *différends à tension débordante*, selon la terminologie de Morgenthau; ou bien, dans d'autres cas, quoique le différend n'ait pas de connexion matérielle avec la tension, il peut se muer en symbole de celle-ci : *différend à fonctions représentatives*, suivant la même terminologie. Ces deux classes de différends acquièrent ainsi un caractère politique et ne sont pas susceptibles d'une solution juridictionnelle *utile*.

2. *Contraires au droit international*

a) Contra legem

Le droit international règle, certes, l'objet du conflit, mais cependant il n'est pas justiciable, parce qu'il ne s'agit pas d'appliquer et d'interpréter le droit en vigueur, de maintenir le *statu quo*, mais au contraire de le changer. Une des parties, au moins, juge que le droit en vigueur est injuste parce qu'il ne répond plus aux exigences des nouvelles circonstances politiques. Il s'agit donc, non d'une *executio iuris* mais d'une *justitiae executio*, et c'est précisément ce que la juridiction internationale est incapable de faire, puisque sa fonction n'est pas de légiférer, de modifier le droit ancien par la création d'un droit nouveau, mais simplement d'appliquer et d'interpréter l'ancien droit.

b) Ultra legem

Nous avons souligné déjà que, formellement, il n'y a pas des lacunes en droit international, parce que tout ce qui n'est pas ordonné ou défendu expressément par le droit, est permis, et appartient à la sphère de liberté d'agir de chaque Etat, à son domaine réservé, qui varie d'une époque à l'autre et d'un Etat à l'autre, non seulement en accord avec l'évolution des normes du droit international commun, mais aussi avec l'évolution du *status* des obligations juridiques particulières contractées par chaque Etat. Or, les actes qu'un Etat réalise dans le domaine de sa compétence exclusive, peuvent nuire aux autres Etats, bien qu'étant autorisés par le droit international. La C.P.J.I. fit observer dans son Avis Consultatif du 7 février 1923 : « Les mots « compétence exclusive » semblent ... envisager certaines 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. » Et alors, les Etats lésés, prétendent que l'autre Etat s'abstient d'agir ou bien agit d'une certaine manière. Du point de vue matériel, ce cas est différent du cas mentionné sous 2, *a)*, puisque sa solution ne serait pas *contra legem*. Il s'agit maintenant, non de modifier, ou de déroger à une norme de droit international préexistante qui ordonne ou défend positivement une forme d'agir concrète, mais de créer *ultra legem* une relation juridique jusqu'alors inexistante, remplissant matériellement une lacune. Mais du point de vue formel, les deux cas sont identiques, puisqu'il s'agit de modifier le *statu quo*, déterminé négativement par le droit jusqu'alors en vigueur. Ici, également, un arrêt n'a rien à faire, l'unique solution possible est la stipulation d'un traité.

18. Nous arrivons donc à la conclusion qu'on doit tirer de nos remarques antérieures. Si tout conflit international est

juridiquement peut être jugé comme un différend, mais non pas résolu utilement, si en même temps il est politique ou représente symboliquement une tension politique; étant donné qu'on ne peut pas définir objectivement un conflit politique, puisque son caractère politique ou non politique ne dépend pas de son objet, mais de la relation de celui-ci avec la volonté de pouvoir de l'Etat, alors un conflit est politique ou non, selon que l'Etat subjectivement croit que le conflit en question est ou non en rapport essentiel avec sa sphère de puissance. Nous aboutissons donc au même résultat que Lauterpacht, Hedges, Redslob et Verdross : *c'est la volonté des Etats et non la nature d'un conflit international, qui décide de la justiciabilité ou non justiciabilité de ce conflit ;* ce qui est vraiment une lapalissade. Mais ne regrettons pas cette conclusion. C'est un préjugé formaliste que celui de croire que la prévention de la guerre — but auquel tout internationaliste honnête doit aspirer — consiste dans le seul problème d'obtenir ou non la justiciabilité de tous les conflits internationaux possibles; préjugé basé sur la croyance que tous les conflits internationaux non politiques, peuvent être résolus utilement d'une manière paisible. Avec la solution pacifique de tout conflit non politique, la cause de la paix ne gagne pas grand'chose, puisque par définition un conflit justiciable, un différend juridique par antonomase, est précisément celui qui, même s'il restait sans solution, ne pourrait d'aucune manière devenir dangereux pour la paix du monde. Et vice-versa, un conflit politique, même si on le soumettait à la décision d'une juridiction internationale, continuerait à constituer un danger pour la paix, parce que la tension politique intégrée ou représentée dans le conflit resterait sans solution utile. Mais, peut-on nous dire, il y a bien des Etats qui contractent envers d'autres l'obligation de résoudre pacifiquement tous les conflits internationaux futurs. Certes, mais si on analyse ces cas, on constate tout de suite qu'il s'agit d'Etats qui à priori considèrent absolu-

ment impossible qu'il survienne une tension politique authentique entre eux. Jamais l'on ne pourra résoudre un vrai conflit politique par la décision autoritaire d'une juridiction internationale; de même que jamais on n'a fait avorter une révolution par la simple existence d'une juridiction interne universellement obligatoire. *Les conflits politiques n'admettent d'autre solution qu'une solution politique, et donner cette solution n'est pas la fonction des organes juridictionnels mais la mission des organes politiques.* Le progrès donc de la sécurité internationale, c'est dans la volonté des Etats et non dans la procédure qu'il faut le chercher.

Réponses au Questionnaire

Mes observations et conclusions antérieures conditionnent, cela va sans dire, mes réponses. L'orientation générale est de procéder graduellement, en évitant d'effaroucher les Etats, et en les incitant petit à petit à rechercher une solution juridique pour certains conflits, les persuadant qu'il y aurait pour eux un intérêt permanent à le faire, malgré l'apparence contraire alimentée par un intérêt purement occasionnel. Ainsi on pourrait progresser — asymptotiquement, bien entendu — dans la voie de la paix. D'où ma préférence pour les conventions spéciales pour chaque organisme international au lieu d'une convention générale pour tous : c'est à chaque Etat d'apprécier, dans chaque cas, si le contrôle juridictionnel d'un organe international concret risque d'entamer sa puissance; la limitation au minimum nécessaire du contrôle juridictionnel, en excluant les cas compris sous les numéros 3, 4, 5, 6 et 8 du questionnaire; le refus de croire que soit un but idéal du droit des gens le contrôle juridictionnel des décisions de *tous* les organes internationaux et l'exemption des décisions prises par certains organes internationaux; l'exclusion du contrôle des actes poli-

tiques; la réserve d'un domaine soustrait au contrôle en matière de pouvoir discrétionnaire; l'exclusion du contrôle judiciaire des vices qui n'ont pas d'influence sur la validité de la décision; l'impossibilité pour un tribunal international de prendre lui-même une décision à la place de l'organe international, quand celui-ci néglige de le faire malgré une obligation internationale contraire; la non-autorisation aux personnes privées de former le recours, etc. Et voilà les réponses :

1. Oui.
2. Il faut restreindre le contrôle juridictionnel des décisions des organes qui, ayant leur origine dans le droit international, agissent à la place d'un organe national, à la seule validité de leurs actes d'après le droit international.
3. Non.
4. Non.
5. Non.
6. Non.
7. Oui, excepté celles qui précèdent ou qui déclenchent l'activité d'un tribunal international.
8. Oui.
9. Il n'existe pas de règle de droit international rendant incontestables les décisions d'organes internationaux dont la validité n'est pas contestée en temps utile; il faut donc admettre le principe que les décisions juridiques vicieuses sont absolument nulles et peuvent être contestées en tout temps, à moins d'introduire expressément une nouvelle norme de droit international qui établirait un délai de recours.
10. Oui.
11. Non.
12. Oui.
13. Oui.
14. Oui.
15. Non.

16. Oui, et exclure la constatation formelle des vices qui n'ont pas d'influence sur la validité de la décision.
17. Non.
18. Oui, et en plus l'avantage de favoriser l'institutionalisation des organisations internationales.
19. Oui, mais insuffisantes.
20. Non.
21. Tout Etat ou organisme international intéressé.
22. Tout Etat ou organisme international intéressé.
23. Oui à la première question, non à la seconde.
24. Oui.
25. Des conventions spéciales.
26. Oui.

Veuillez agréer, cher ami et Confrère, l'assurance de ma considération très distinguée et de mes sentiments les meilleurs.

Antonio de Luna

6. Observations de M. Gabriele Salvioli

Firenze, le 29 septembre 1951.

Mon cher confrère,

Je vous remercie de votre excellent Exposé préliminaire que j'ai lu avec un vif intérêt. Je me permets de vous présenter quelques observations.

a) A mon avis, notre Commission doit prendre en considération les organes dont l'origine est de caractère international, même si l'objet de leur activité est de nature interne.

b) L'objet des investigations de notre Commission concerne « les décisions d'organes internationaux » ; toute activité qui a un caractère objectivement judiciaire reste en dehors de

nos travaux. Ce problème, du plus vif intérêt, regarde plus précisément la question de l'introduction d'instances d'appel dans la procédure internationale.

c) D'autre part, l'acte à soumettre au contrôle judiciaire au sens de notre Commission doit être un acte ayant des conséquences juridiques ; cette considération nous fournira le critérium permettant d'établir si certains actes (par exemple, actes préparatoires, recommandations, propositions, etc.) font partie des actes soumis au contrôle.

d) Le contrôle judiciaire doit avoir toute l'étendue nécessaire à son but : examen de questions relatives à la compétence de l'organe, à la régularité de formation de l'acte, examen en fait et en droit de son contenu.

Il est entendu que, dans les cas où le contenu de l'acte de l'organe est soustrait au contrôle judiciaire international, le contrôle doit en tout cas rester assuré sur la compétence de l'organe, sur la légitimité formelle de son acte, et encore sur les motifs de l'acte, sur les affirmations de circonstances de fait et de droit, sur l'emploi du pouvoir discrétionnaire afin d'établir s'il a été exercé pour un but qui n'est pas celui en vue duquel le pouvoir même avait été attribué.

Je désire encore rappeler à ce propos qu'il est opportun de ne pas employer dans notre projet de formules trop larges d'exclusion d'actes au contrôle judiciaire international.

e) En ce qui concerne les sujets du rapport de procédure devant l'organe judiciaire de contrôle, je suis favorable à la formule plus large, c'est-à-dire à celle qui attribue la qualité de demandeur à n'importe quel sujet — Etat ou non, y compris les particuliers — titulaire d'un intérêt d'ordre juridique à introduire l'instance en recours.

J'envisage le rapport comme existant entre le sujet demandeur et l'organisation ou l'organe. C'est l'élément distinctif

par rapport aux litiges entre des Etats dans lesquels la question de la légalité d'une décision d'un organe international peut se présenter.

Il est superflu d'observer que le recours contre l'organe ou l'organisation internationale n'exclut pas la possibilité d'appeler en justice l'Etat qui base une prétention sur la décision contestée du dit organe, ou encore la possibilité à donner à cet Etat d'intervenir dans le procès.

f) Enfin, relativement à la question de la voie à suivre pour l'introduction du recours judiciaire, etc., dans le droit international, entre la méthode d'une convention générale et celle de conventions spéciales pour chaque organe, c'est à la première que je donne ma préférence ; la deuxième, en effet, n'apportant pas une innovation substantielle dans ce domaine.

Veuillez croire, mon cher Confrère, à mes sentiments très distingués.

G. Salvioli

7. Réponse de M. Alfred Verdross

Vienne, le 12 juillet 1951.

Ad 1 et 2 : En principe non, excepté la question de la validité de la décision d'après le droit international.
Ad 3 : Non.
Ad 4 et 5 : Oui, si l'organe n'est pas un organe indépendant.
Ad 6 et 7, lit. a) et b) : Oui.
Ad 7, lit. c) et d) : Non.
Ad 8 : Oui.
Ad 9 : En principe les décisions juridiquement vicieuses sont absolument nulles, si une instance de recours n'existe pas.
Ad 10 : Oui.

Ad 11 : La proclamation d'un tel idéal dans la situation actuelle serait utopique.
Ad 12 : Oui.
Ad 13 : Non.
Ad 14 : De la compétence de l'organe de recours doivent être exclues les affaires relevant du pouvoir discrétionnaire.
Ad 15 : Oui.
Ad 16 : Il suffit d'envisager les vices de la décision.
Ad 17 : Non.
Ad 20 : Non.
Ad 21 et 23 : Seulement les Etats et les organisations internationales.
Ad 22 : L'organisation internationale dont dépend cet organe.
Ad 23 : Oui.
Ad 24 : Oui.
Ad 25 : Des conventions spéciales semblent préférables.
Ad 26 : Une telle disposition serait très utile.

A. Verdross

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

Utrecht, le 31 juillet 1951.

Cher et très honoré Collègue,

J'ai lu avec beaucoup d'intérêt et étudié ensuite attentivement l'admirable Exposé préliminaire que vous avez rédigé au sujet du recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux. Cet exposé, si élaboré, prouve combien cette matière est compliquée. C'est aussi pourquoi j'ai mis beaucoup de temps pour l'approfondir.

Permettez-moi, avant de répondre à votre Questionnaire, de faire quelques observations générales relatives à votre

Exposé préliminaire [1], qui analyse la totalité des problèmes à examiner et à résoudre. Vous avez excellemment réussi, me paraît-il, à les mettre au clair, mais une matière tellement compliquée ne peut pas ne pas soulever des points douteux, ainsi que vous le constatez du reste vous-même à divers endroits. Veuillez, par conséquent, prendre mes observations comme préliminaires aussi : il se pourra très bien que, après plus mûre réflexion, je change d'opinion au cours de nos délibérations préparatoires.

Chapitre I

Voici une première observation substantielle, que me dictent vos pages 2 et 3 et votre distinction bien accusée entre organes agissant à la place d'un organe national et autres organes internationaux. Il y a certes une différence claire entre par exemple l'administration temporaire d'un territoire par un organe international aux fins d'y rétablir l'ordre et le Conseil de Sécurité, mais est-il permis de qualifier de « fonctions exercées à la place d'un organe national » l'exercice de la plénitude des pouvoirs publics par un organe de l'O.N.U. dans le cas des territoires sous tutelle ? Il s'agit ici d'une expérience toute nouvelle d'administration purement internationale. Pourquoi, dans un cas pareil, soustraire au contrôle judiciaire les décisions de la Commission d'administration dans l'ordre « local » ? Contrairement à ce que vous concluez à la page 4 en haut, j'incline à penser qu'il y a ici une différence fondamentale. Il me semble qu'il doit y avoir un organe de contrôle judiciaire aussi pour contrôler que l'administration internationale ne viole pas sa propre législation « locale ». — Pour contrôler aussi, éventuellement, l'observation, par

[1] D'accord avec M. Verzijl, on a supprimé dans cette réponse un assez grand nombre d'observations qui ont donné lieu à des remaniements dans le texte définitif.

l'organe international d'administration, des directives « politiques » que l'Organisation internationale lui a données aux fins d'une bonne administration du territoire sous tutelle, — un contrôle que vous passez ici sous silence, préludant, pour ainsi dire, à vos chapitres suivants, pp. 16 et autres. — Je crois aussi que vous allez trop loin, à la page 3, en bas, en concluant qu'émettre le « vœu » défini là, équivaudrait à donner automatiquement un droit de recours individuel aux habitants d'un territoire sous administration internationale. Pourquoi ne pourrait-on pas limiter le recours par exemple à certains Etats, comme c'était le cas de la protection des minorités sous le régime de la S.D.N. ?

Mais ces doutes sur l'étendue du contrôle à organiser me conduisent nécessairement à la conclusion que vous formulez vous-même à divers endroits, à savoir que la matière examinée est tellement compliquée qu'il sera impossible de rédiger des règles générales pour toutes les catégories d'organes internationaux. Dans bien des domaines on devra se contenter de la conclusion *jus in causa positum*. C'est pourquoi je ne saurais admettre, provisoirement, que soit *tout* organe international à fonctions « locales », soit *aucun* organe pareil ne doit être subordonné au contrôle judiciaire international. Après une analyse plus détaillée, il s'avérera probablement que les décisions de certains organes internationaux à fonctions « locales » peuvent et doivent faire l'objet d'un contrôle judiciaire, tandis que d'autres ne le peuvent ni ne le doivent. Je ne vois pas le moyen de résoudre ce problème par une règle générale une fois pour toutes : force nous sera, *ou bien* d'analyser de plus près le fonctionnement de nombre d'organes internationaux de structures et de tâches différentes pour voir ce qui est possible et désirable et ce qui ne l'est pas, *ou bien* de formuler nos recommandations ou nos vœux d'une façon extrêmement prudente, afin d'éviter de tracer un cadre beaucoup trop rigide

pour pouvoir comprendre l'immense diversité des multiples hypothèses qui se présentent à l'examen des réalités de la vie internationale.

Il va de soi que cette attitude fondamentale vis-à-vis de la matière traitée dans votre chapitre I a ses conséquences, avec plus ou moins de force, également pour maintes autres matières.

Chapitre III

Je conteste énergiquement que la distinction entre vices de procédure entraînant la nullité de la décision et ceux ne l'entraînant pas n'ait pas été nécessaire jusqu'ici. Un contrôle judiciaire d'ordre *général* n'existait pas jusqu'ici, il est vrai, mais la distinction n'était point, pour cela, superflue, car il s'est toujours présenté des hypothèses dans lesquelles un organe judiciaire de la Communauté internationale avait pour tâche, principale ou incidente, de décider de vices de procédure commis par un autre organe et des conséquences à y attacher.

Chapitre V

Je doute qu'il y ait peu de différence entre un jugement ultérieur et un avis consultatif préalable. Car il est évidemment beaucoup plus difficile à un organe comme l'Assemblée générale d'admettre un arrêt défavorable de la CIJ après sa propre décision, que de se faire éclairer auparavant. Au surplus, un avis consultatif, demandé en temps utile, pourrait très bien avoir une influence salutaire sur le développement des rapports internationaux.

Chapitre VI

Vous semblez admettre la possibilité théorique qu'une Cour de justice invalide une décision du CdS refusant l'admission d'un nouveau membre à l'O.N.U., pour les motifs bien

connus. Mais comment sera-ce jamais possible ? Si la décision *sur* l'admission est une décision positive de recommandation de l'admission, prise avec la majorité réglementaire, le fait par la minorité d'avoir voté contre, pour des motifs illicites, n'a plus aucune importance. Et si c'était une décision *négative*, ce ne serait jamais une décision recommandant la non-admission, mais le *rejet* d'un projet de résolution recommandant l'admission. Voulez-vous alors admettre des recours contre le rejet de résolutions ? Je me le demande aussi en lisant vos remarques à la fin de la page 31. Abstraction faite de l'objection que le CdS ne décide pas de l'admission, mais tout au plus d'une recommandation tendant à l'admission par l'Assemblée générale, le « refus » prendra toujours, me semble-t-il, la forme d'un *rejet* d'un projet de recommandation *positive*. Convient-il d'ouvrir un recours aussi contre toutes sortes de pareilles décisions négatives ? Où irons-nous alors ?

Chapitre VII

A la page 30, avant-dernière phrase, vous citez *deux* cas possibles seulement; à mon avis, il y en a trois : 1) accord sur le pouvoir de l'organe; 2) accord sur le défaut de pouvoir; 3) désaccord sur le pouvoir. Faut-il alors saisir d'abord les arbitres, pour revenir à l'organe si les arbitres se prononcent en faveur de son pouvoir ?

Chapitre VIII

Voir *supra*, sous VI. Le *silence* de l'organe doit-il comprendre aussi la *non-acceptation* d'un projet de résolution là où une décision positive est indispensable pour que certains effets juridiques se produisent ? Pourra-t-on jamais contraindre un organe international à prendre une décision dans des cas où il n'est *pas obligé* de la prendre ?

Chapitre IX

Votre idée d'une seconde « clause facultative » est intéressante, mais son contenu est très compliqué !

Ne trouvez-vous pas utile d'ajouter à l'alinéa 1 : « et l'organe lui-même » ? Ne dites pas que l'organe n'est pas nécessairement, ou n'est pas, partie au procès et que, *par conséquent*, il ne peut pas être lié par le jugement, car je ne lui reconnais pas d'existence indépendante qui lui permette de se considérer comme libre lorsque ses créateurs sont liés.

Après ces observations un peu longues, il me reste encore à répondre succinctement à votre Questionnaire.

Réponses au Questionnaire

1. La justification d'une distinction si nette entre deux types d'organes me semble douteuse. *Jus in causa positum.* Le recours doit être admis contre les décisions d'ordre « local » de certains organes, tandis qu'il peut devoir être exclu contre celle d'autres organes. Tout dépend de la nature de l'organe et de ses décisions.

2. Voir *sub.* 1. Pas nécessairement restreindre le contrôle judiciaire à l'examen de la légalité des décisions à la lumière du droit international seul. *Jus in causa positum.*

3. Pourquoi pas ? Cela n'empêche pas, d'ailleurs, que notre Commission recommande de réserver ce contrôle à des tribunaux administratifs, soit spéciaux, pour chaque organisation internationale, soit collectifs, pour un groupe d'organisations.

4. Sans doute, en principe. Mais il se peut très bien qu'on regarde comme suffisantes les garanties d'une bonne administration de la justice dans le cas de certains organes internationaux ; dans ces cas, on n'aura pas besoin de deux instances judiciaires superposées. Encore une fois : *jus in causa positum.*

5. Dans cette hypothèse, il y aura peut-être plus de raison de confier à un tribunal impartial le contrôle judiciaire en deuxième instance des décisions de l'organe « inférieur », mais cela ne sera pas nécessairement le cas. Cela dépendra du « standing » de l'organe.

6. En principe, oui. Mais le contrôle de la légalité des mesures d'exécution ordonnées devra se tenir à l'écart des « sanctions » jouant dans la sphère de la « haute politique » internationale.

7. Aucune des quatre catégories ne me semble de nature à devoir être exclue à priori du contrôle judiciaire, mais les hypothèses présentent une diversité si grande qu'il n'est guère possible d'y appliquer un principe qui les comprenne toutes.

8. Les cas dans lesquels un tel contrôle après coup pourrait se révéler désirable sont tellement rares que je ne vois aucun intérêt à permettre le recours dans un cas pareil.

9. En ce qui concerne les arrêts de la CIJ et les jugements de tribunaux d'arbitrage et d'autres organes similaires (mixed claims commissions, etc.), je rejette absolument l'idée de nullité, la demande en révision étant le seul moyen de recours — très limité — possible. La même thèse doit s'appliquer aux décisions judiciaires d'organes considérés comme dignes, à cause de leur « standing », de statuer définitivement et sans recours. En ce qui concerne les autres décisions internationales, la question ne saurait être envisagée, à mon avis, du point de vue d'une nullité générale de toute décision entachée d'un vice quelconque, mais des points de vue suivants : La validité d'une décision doit en tous cas être contestée en temps utile, faute de quoi la décision devra devenir inattaquable. Il n'existe pas de règles de droit international fixes relatives à ce problème compliqué, ni présomption de légalité, ni présomption de

nullité pour tout vice possible. Seuls les vices essentiels devront entrer en ligne de compte, parce que, précisément l'opposition faite par des Etats intéressés, à des décisions légalement rendues *bona fide* par une instance internationale est un des fléaux les plus graves de la communauté internationale. *Lites finiri oportet.* Cette attitude générale vis-à-vis du problème tend naturellement à limiter la possibilité de recours (ou d'une deuxième instance judiciaire) comme maxime générale d'un *jus constituendum* futur.

10. Cela serait très salutaire et couperait court à maintes chicanes.

11. Aucunement. L'idéal sur le plan international me paraît être plutôt de composer les organes internationaux d'une façon telle qu'on doit raisonnablement leur donner confiance et se soumettre de bonne grâce à leurs décisions. La méthode opposée non seulement accablerait les rapports internationaux d'un énorme poids mort de procédures, mais encore favoriserait la mauvaise foi, qui y joue déjà un rôle trop considérable.

12. Il y a, en effet, des organes d'une importance telle que — abstraction faite de la justification matérielle d'un recours contre leurs décisions — il serait inutile, et vraisemblablement aussi indésirable, de s'efforcer d'organiser un recours judiciaire contre leur *sic volo, hoc jubeo.*

13. Les conditions internes diffèrent tellement des conditions internationales que je ne suis pas partisan de trop de parallèles entre les sphères nationale et internationale. « Acte politique » n'a pas de contenu ni de limites en droit des gens. On peut seulement constater, me paraît-il, que plus les décisions sont graves au point de vue de la politique internationale et pour le maintien ou le rétablissement de la paix, moins elles se prêteront au principe rigide de recours. Il ne faut pas éblouir l'humanité par de nouveaux mirages.

14. C'est toujours le même problème : comme dans le droit administratif interne, il doit y avoir, dans le droit des gens, des domaines où les organes internationaux doivent avoir un pouvoir discrétionnaire, mais les limites en sont indéfinissables et la réserve invite à en abuser. La communauté internationale n'est pas encore mûre pour résoudre ce grave problème. Seule la sagesse des tribunaux pourra remédier un peu au vague nécessaire du concept.

15. Plus on limite les motifs de recours, plus on contribue à apprendre aux Etats à se soumettre de bonne volonté aux décisions émanant d'organes qu'ils ont créés eux-mêmes dans l'intérêt commun de l'humanité.

16. Cette distinction, quelque vague qu'elle soit, fait déjà partie du droit des gens positif et il faut, sans doute, la maintenir. Mais en même temps il convient de refouler la catégorie des « nullités absolues » dans des limites aussi étroites que possible. *Jus in causa positum.* Dans ce domaine, c'est le juge international qui pourra le mieux frayer le chemin et cristalliser des règles plus détaillées.

17. Les possibilités actuelles ne sont pas, à mon avis, moins insuffisantes que celles qu'a développées le droit des gens par rapport à la justiciabilité des différends internationaux en général. Les premières sont une « fonction » des dernières.

18. La nécessité de provoquer des jugements obligatoires *erga omnes* n'est pas moins urgente dans cette matière spéciale qu'en général. A ce point de vue, l'état actuel de la solution des différends internationaux est clairement insuffisant partout. C'est pourquoi je pense que cette facette du problème doit être envisagée dans un cadre plus ample. — Je ne vois pas de motifs convaincants pour organiser un recours *spécial,* si l'on entend par là l'institution d'une organisation spéciale destinée à embrasser tous les cas possibles de mécontentement envers

la décision d'un organe international quelconque et en dehors des voies de recours ouvertes déjà maintenant. J'estime désirable que les créateurs de toute organisation nouvelle se rendent compte des problèmes qui se présenteront à ce point de vue et qu'ils se prononcent clairement lors de la conclusion de la convention-base (cf. article 38 de l'Acte relatif au Danube), et que les parties à des conventions qui existent déjà discutent l'opportunité d'une réglementation additionnelle relative à ce point particulier. Et je ne vois point d'objections à introduire une nouvelle « clause facultative » dont, d'ailleurs, il serait sage de peser le texte exact avec beaucoup de précaution.

19. Il en existe, en effet, sur le papier, mais j'ignore si ces procédures ont eu des résultats pratiques appréciables. Encore une raison de douter qu'il soit réellement nécessaire d'inventer de nouvelles voies de recours qui paraîtront peut-être rester vierges comme tant d'autres.

20. On ne peut pas formuler de règle générale dans cette matière. Il y a des hypothèses dans lesquelles une autorisation pareille serait extrêmement désirable, mais il y en a d'autres où cela serait politiquement impossible ou impraticable en fait. Parfaitement d'accord avec vous (page 32). Faut-il envisager le seul cas où l'organe international est obligé de prendre une décision, ou encore ceux dans lesquels il ne se prévaut pas d'un pouvoir dont il est investi, mais pour des motifs juridiquement inadmissibles ? (Voir *supra.*)

21. Je n'ai pas d'idées exactes sur ce point. Provisoirement je pense que la réponse dépend de l'organe saisi. Par exemple, je serais opposé à ouvrir la CIJ à des sujets de droit autres que les Etats. Mais rien ne s'oppose à ce qu'il en devienne autrement dans d'autres formes de tribunaux.

J. H. W. Verzijl

VI. L'institution d'une Cour pénale internationale

(Vingtième Commission)

Rapport et projet de Résolutions définitifs
présentés par
M. H. Donnedieu de Vabres

A.

Rapport définitif

A la suite du rapport que nous eûmes l'honneur de présenter à l'Institut de Droit international dans sa session de Bruxelles (juillet/août 1948, *Annuaire* 1948, p. 222 et suiv.) sur l'*institution d'une Cour pénale internationale*, une impression favorable à cette innovation a paru se dégager de l'Assemblée.

C'est pour ce motif que le Bureau de l'Institut, dans sa séance du 27 janvier 1951, a constitué une vingtième Commission ayant pour mission d'étudier l'*institution d'une Cour pénale internationale* et dont la composition est la suivante :

Rapporteur : M. Donnedieu de Vabres.

Membres : Badawi Pacha, MM. Finch, Fitzmaurice, François, Gidel, Hsu Mo, Kraus, Ross, Spiropoulos, Udina, v. Verdross, Waldock.

Sur la base de notre rapport précédent [1], nous avons établi un Questionnaire qui a été adressé à tous les membres de la Commission. Et c'est essentiellement des réponses qu'ils ont

[1] Le texte du rapport écrit a paru dans la *Revue internationale de droit pénal*, 1949, n° 1.

bien voulu faire parvenir qu'il sera fait état dans l'exposé qui va suivre.

Mais il s'est produit, depuis cette enquête, dans l'ordre du droit international positif, une évolution qu'il nous paraît impossible de négliger. Par sa Résolution 489 du 12 décembre 1950, l'Assemblée générale des Nations Unies, s'inspirant des travaux de la *Commission du droit international* créée par elle [1] a décidé la réunion d'un Comité formé des représentants de dix-sept Etats *en vue de préparer un ou plusieurs avant-projets de convention et de formuler des propositions concernant la création et le statut d'une Cour criminelle internationale.* A la suite de cette décision, la session que le Comité a tenue à Genève, du 1er au 31 août 1951 [2] s'est close par un rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies (A.AC.48/L. 18/add. 2). Ce rapport contient le projet de Statut qui doit être, avant le 1er juin 1952, l'objet d'observations des gouvernements, pour être inscrit à l'ordre du jour de la septième session de l'Assemblée générale (novembre 1952).

Du point de vue qui nous occupe, ce projet est d'autant plus suggestif que ses directives sont, en général, conformes à l'orientation manifestée par les résultats de notre enquête. Comme l'observe très exactement, dans sa réponse au Ques-

---

[1] On consultera notamment, sur la question qui nous occupe, les rapports de MM. Ricardo, J. Alfaro (A/C N.4/15 du 3 mars 1950) et Emile Sandström (A/C N.4/20 du 30 mars 1950) et le rapport de la Commission sur les travaux de sa 2me session (A.1316). Cf. Yuen-li Liang, « La première session de la Commission du droit international », *Revue générale de droit international public*, n° 4, 1950, p. 644.

[2] A l'ouverture de cette session, un *Memorandum* suivi d'annexes contenant des avant-projets de Statut de la Cour a été présenté par le Secrétaire général (A/AC. 48/1) ; 2 juillet 1951. — Un *Memorandum sur l'établissement d'une Cour criminelle internationale* (A/AC.48/3) du 17 juillet 1951 a été préparé à la demande du Secrétariat des Nations Unies par le professeur V. V. Pella, président de l'*Association internationale de droit pénal.*

tionnaire, Badawi Pacha, deux méthodes bien différentes peuvent être mises en œuvre pour traiter le sujet de la Cour pénale internationale. On peut n'envisager sa création et son organisation qu'à l'égard des infractions internationales, en nombre limité, telles que le « génocide » sur lesquelles s'est portée l'attention de l'Assemblée générale des Nations Unies. On peut « s'élever à une vue plus abstraite, plus rationnelle et plus scientifique du problème de la Cour pénale internationale pour embrasser toutes les possibilités où son existence pourra répondre à un besoin, même non senti actuellement ou immédiatement ».

Cette dernière méthode est évidemment celle dont s'inspiraient notre rapport initial et le Questionnaire établi en conséquence. En l'absence de toute réalisation concrète des Nations Unies, ce rapport n'avait d'autre but que d'amorcer une discussion où les points de vue doctrinaux les plus variés pourraient se faire jour. Nous nous trouvons aujourd'hui en présence d'un texte évidemment guidé par le souci d'harmoniser les postulats de la justice avec les exigences de la politique internationale, avec l'Organisation des Nations Unies. Si indépendants que soient les travaux de l'Institut des vicissitudes du droit positif, il serait, croyons-nous, contraire à sa préoccupation réaliste d'ignorer les Résolutions récentes de l'Assemblée des Nations Unies. On verra d'ailleurs que cette préoccupation est loin d'être étrangère aux réponses qui nous sont parvenues.

Nous nous proposons d'exposer, en conséquence :

1° les résultats de l'enquête ouverte au sein de la 20me Commission [1] ;

[1] La réponse de notre honoré Confrère, M. Manlio Udina, ne nous est parvenue, à raison de circonstances indépendantes de sa volonté, qu'après la rédaction du projet de Genève. A l'opposé des autres membres de la Commission, il a fait état de ce projet. Ceci explique la mention séparée que, dans la suite de cet exposé, nous ferons parfois de ses avis.

2° les solutions adoptées, dans le cadre du Questionnaire, par le Comité de Genève ;

3° le sens des Résolutions que nous soumettrons à l'approbation de l'Institut.

I. Les résultats de l'enquête ouverte au sein de la 20me Commission

Les réponses qu'ont bien voulu nous adresser les membres de la Commission sont caractérisées par des divergences qu'expliquent aisément l'ampleur du sujet et la nouveauté de l'institution [1]. Deux d'entre eux sont nettement contraires à la création d'une juridiction criminelle internationale : MM. Fitzmaurice et Ross. Les objections, que l'examen des différents chefs de compétence nous donnera l'occasion d'analyser, concernent principalement, mais non pas exclusivement [2] des difficultés d'application. On sait qu'au sein de la *Commission du droit international*, il ne s'est manifesté, en faveur de l'institution, qu'une majorité. Un des rapporteurs, M. Sandström,

[1] Sur les précédents relatifs à l'institution d'une juridiction criminelle internationale, on consultera notamment l'*Historique du problème de la juridiction criminelle internationale* (1949), publié par le Secrétariat des Nations Unies (A.C.N.4/7 Rev. 1) ; du même : *Le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg* 1949, A/C.N.4/5), et, plus récemment, l'étude de M. A. Sottile, Le problème de la création d'une Cour pénale internationale permanente, extrait de la *Revue de droit international*, 1951, n° 2-3, édition française.

[2] M. Fitzmaurice se prononce en faveur de la théorie traditionnelle des actes d'Etat. C'est ainsi que M. Brierly, dans un article de l'*Observer* du 8 avril 1945, exprimait l'avis que les agissements des « grands criminels de guerre » n'étaient passibles que d'une « mesure de haute politique » de la part des Alliés (cf. V.V. Pella, *Memorandum* p. 28).

ayant pesé les arguments pour et contre la création d'une juridiction criminelle internationale, estimait que les derniers l'emportaient de loin sur les premiers ; il allait jusqu'à conclure qu'« un organe judiciaire permanent créé dans l'état actuel de l'organisation de la communauté internationale serait affaibli par de très graves défauts et ferait plus de mal que de bien ».

Cette opposition, qui s'est également manifestée à Genève, est assurément impressionnante. Elle rend compte de l'esprit restrictif dans lequel le projet de Genève est conçu. Mais elle n'exprime l'avis que d'une minorité [1]. Nous croyons inutile d'insister. L'opinion contraire est impliquée par la création de la 20me Commission, par les termes du Questionnaire qui lui a été soumis, aussi bien que par la réunion de Genève. L'institution de la Cour pénale internationale sera l'effet d'un mouvement irrésistible de l'opinion. On ne peut même pas prétendre que ce mouvement soit resté jusqu'ici inefficace. L'organisation du Tribunal international de Nuremberg a subi l'influence des projets élaborés au lendemain de la guerre 1914-1918 [2]. Les discussions actuelles, même si elles n'aboutissent immédiatement

---

[1] On trouvera un examen détaillé des objections opposées à la création d'une Cour pénale internationale dans le *Memorandum* précité de M. V. V. Pella (A.A.C. 48/3, pp. 26 à 43) et l'ouvrage précité de M. Sottile, pp. 58 et suiv.

[2] M. Finch conteste la valeur du précédent de Nuremberg en observant qu'il s'agit d'un *tribunal militaire*, constitué en temps de guerre, en vertu de la compétence des Etats capteurs. — C'est, en réalité, un aspect, mais un aspect seulement de la juridiction du *Tribunal militaire international*. Ceci résulte, non seulement des termes du jugement, mais du nombre des adhésions qu'a reçues le Statut de Londres, de la confirmation par l'Assemblée générale des Nations Unies des « principes de Nuremberg», etc. On lira, en ce sens, l'historique de la juridiction criminelle internationale préparé par le Secrétariat des Nations Unies A/C N.4/7 Rev. 1 du 27 mai 1947, p. 2 et le *Memorandum* rédigé par M. V. V. Pella, pp. 43 et suiv.

à un résultat concret, auraient leur action sur la répression consécutive à de futures dissensions internationales.

A l'extrême opposé de cette thèse figure celle de notre éminent confrère M. François, qui assigne à la Cour pénale internationale la compétence la plus étendue. Non seulement il l'estime qualifiée à l'égard des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, des crimes de droit des gens, d'autres délits internationaux, mais il lui reconnaît une vocation comme juge supérieur du droit. Il comprend, parmi ses justiciables, outre les gouvernants et les personnes privées, ces hautes personnes morales que sont les Etats — du moins à titre exceptionnel. Sur tous ces points, il est d'accord avec les conclusions de notre précédent rapport, et ce point de vue l'amène à approuver la dualité de juridiction que nous avons suggérée. Il semble, en effet, irrationnel de soumettre à un organisme unique la fonction d'une sorte de Cour de Cassation internationale et le jugement des procès parfois secondaires auxquels peuvent donner lieu les délits internationaux.

Or la thèse de M. François semble aussi éloignée que la solution négative du sentiment commun des membres de la Commission. Deux attributions de compétence envisagées par le Questionnaire sont rejetées par la majorité d'entre eux. L'une concerne la vocation de la Cour pénale internationale comme juge supérieur du droit ; l'autre est relative à la possibilité de lui déférer les personnes morales.

Sur le premier point, l'obstacle est que la mission de statuer sur les conflits de compétence législative et judiciaire ou sur les contradictions de choses jugées est d'ores et déjà dévolue à la *Cour internationale de Justice*[1]. Ces conflits, comme l'expérience

[1] Voir, notamment, à ce sujet, les observations et les réserves de Badawi Pacha, de MM. Gidel et Hsu Mo. M. Herbert Kraus se prononce, cependant, en faveur de la création d'un organisme spécial comme juge supérieur du droit criminel international.

l'a maintes fois démontré, peuvent concerner des matières pénales aussi bien que des matières civiles. Si la collaboration de spécialistes du droit international et du droit criminel est souhaitable lorsqu'il s'agit d'apprécier des situations de fait, elle l'est également, elle l'est à plus forte raison à l'effet de régler des questions de droit. On pourrait donc envisager, soit de spécialiser comme Chambre criminelle une section de la Cour internationale de Justice, soit de réserver à la Cour pénale internationale nouvellement créée l'examen des questions de droit pénal. La première solution exigerait un remaniement de la Charte, ou tout au moins du Statut de la Cour internationale de Justice ; elle nécessiterait un quorum insusceptible d'être actuellement atteint. La seconde ouvrirait la porte à des décisions inconciliables, vu l'intrication fréquente des questions de droit pénal et de droit civil. L'inconvénient ne serait évité qu'en réduisant la Cour pénale internationale au rôle de juridiction du premier degré. Un appel serait ouvert devant la Cour internationale de Justice, complication qui, conférant à celle-ci une attribution nouvelle, appellerait un amendement de son Statut [1].

La mise en œuvre, devant la Cour pénale internationale, d'une responsabilité pénale des Etats est moins prochaine encore. Elle a obtenu, et elle conserve, les faveurs de la doctrine. Les causes profondes des dissensions entre les peuples ont un caractère collectif. Une sanction judiciaire visant ces hautes personnes morales qui sont les sujets traditionnels et directs du droit international serait le complément logique d'un

[1] On lira notamment, sur tous ces points, les observations détaillées de M. Waldock dans sa réponse à notre Questionnaire. Cependant, M. Udina attribue, à titre subsidiaire et facultatif, à la Cour pénale internationale, une fonction comme juge suprême du droit. Nous attachons nous-même à cette suggestion trop de valeur pour ne pas lui faire une place dans nos Résolutions.

système de sécurité collective gouverné par ce droit. En droit pénal interne, la mise en cause, comme inculpés, des groupements, gagne chaque jour du terrain. Mais elle est loin d'avoir conquis droit de cité dans toutes les législations. Vis-à-vis des Etats, elle implique un hommage à la hiérarchie des ordres, une restriction de la souveraineté incompatible avec les conditions présentes de la communauté internationale. Aujourd'hui la violation du droit international reprochée à des Etats ou à des collectivités inférieures dotées de la personnalité morale peut donner lieu à des mesures politiques ou à des réparations civiles, non à des peines proprement dites ni à des « mesures de sûreté [1] ».

La compétence de la Cour pénale internationale paraît donc restreinte au jugement des délits internationaux imputés à des personnes physiques. Sous la qualification *délits internationaux*, la plupart de nos Confrères comprennent exclusivement les *crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*. La désignation de personnes physiques englobe essentiellement les gouvernants, mais aussi, semble-t-il, les exécutants pris en qualité de complices [2]. Les raisons qui justifient cette attribution de compétence déterminent la grande majorité de la Commission à lui attacher un caractère *obligatoire*.

La compétence de la Cour à l'égard des crimes de droit des gens, tels que la traite des femmes et des enfants, le faux-

---

[1] En ce sens, notamment, l'avis de Badawi Pacha, de MM. Fitzmaurice, Hsu Mo, Kraus, Ross, Spiropoulos, Udina, Verdross. Par contre aux yeux de M. François « une responsabilité pénale de l'Etat ne paraît pas exclue ».

[2] En ce sens, notamment, l'avis de M. Gidel qui se prévaut des précédents relatifs au terrorisme et au génocide. Par contre, M. Finch, visant les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, réserve aux tribunaux nationaux le jugement des délinquants individuels, tandis que les gouvernants seraient traduits devant la Cour pénale internationale.

monnayage, le terrorisme, n'est admise que par quatre membres de la Commission, MM. François, Hsu Mo, Kraus et Udina. Encore n'est-elle acceptée par M. Hsu Mo qu'à titre exceptionnel et secondaire. L'exclusion des délits de droit des gens et des délits communs, quelle que soit la nationalité de l'agent et de la victime, est justifiée par le fait que les juridictions internes suffisent à assurer la répression. Le progrès consisterait ici à rapprocher et unifier les législations (Badawi Pacha).

En revanche, au sujet des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, toutes les réponses sont affirmatives. Badawi Pacha estime que la tâche confiée au Comité spécial créé par la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies (n° 489V) vise exclusivement le *génocide* : on verra plus loin que ce Comité a eu une conception plus étendue de sa mission. En ce qui concerne les crimes de guerre, M. Gidel condamne formellement le système qui sépare, au point de vue juridictionnel, l'examen des responsabilités gouvernementales et le jugement des « petits criminels de guerre » — système qui a prévalu dans le Statut de Londres et le jugement de Nuremberg. Bien que la question touchant l'examen des responsabilités respectives n'ait pas été posée (ce qui est peut-être une lacune du Questionnaire), il semble bien que le sentiment de la Commission soit conforme à la mise en cause simultanée des gouvernants et des exécutants en qualité de co-auteurs et de complices. (Voir notamment, à ce sujet, l'avis de Badawi Pacha, de MM. Hsu Mo *in fine*, Kraus et Verdross. *Contra* M. Finch.)

La pensée commune est d'attacher à la juridiction de la Cour, vis-à-vis des crimes contre la paix et la sécurité de l'Humanité, un caractère *obligatoire* (Badawi Pacha, Gidel, Hsu Mo, Ross, Spiropoulos, Udina, Verdross), du moins, lorsque serait expirée une période au cours de laquelle l'obligation ne pourrait résulter que d'engagements formels par lesquels des Etats accepteraient, à l'égard de telle ou telle catégorie de litiges, la compétence de la

Cour. M. Hsu Mo va jusqu'à admettre que « si une Cour est instituée pour connaître, au nom des Nations Unies, des crimes d'un caractère international et pour prononcer des peines contre les auteurs de ces crimes, sa juridiction doit être obligatoire pour tous ; elle doit s'étendre aux gouvernants et ressortissants de tous les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies, ainsi qu'à tous les ressortissants des Etats non membres qui ont commis les actes dont il s'agit sur le territoire d'un Etat Membre ». Cette conception s'accorde avec le *leitmotiv* de la Commission, commun à de nombreux protagonistes de la juridiction criminelle internationale, qui est de préférer à une « juridiction d'occasion » (Gidel) une juridiction préconstituée et permanente. Seul, M. François préconise une distinction intéressante entre les gouvernants vis-à-vis desquels la juridiction de la Cour serait *obligatoire*, et les *personnes privées* pour qui elle serait *facultative* « dans le sens indiqué dans la partie II du rapport ». Cf. les Conventions sur le terrorisme et le génocide. Mais il ne faut pas oublier que M. François, à l'encontre de la majorité de la Commission, étend la compétence de la Cour à d'autres infractions internationales que les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, et qu'il admet, avec le rapporteur, la dualité de juridiction.

Faut-il confier, dès maintenant, l'exercice de l'action publique à un ministère public international ? Cette question trouve la Commission divisée. La position négative est celle de Badawi Pacha, MM. François et Ross. La raison donnée par Badawi Pacha est qu'il est impossible d'organiser cette institution avant d'être fixé sur l'étendue de la compétence de la Cour et les modalités de la saisine. M. François allègue son inutilité, l'Etat ou les Etats demandeurs étant appelés à fournir les éléments de la preuve, même dans le cas où il s'agit de la responsabilité des gouvernants. Les membres de la Commission favorables à l'institution actuelle d'un ministère public veulent

qu'il soit indépendant des organismes des Nations Unies, tels que le Conseil de Sécurité. Sa composition pourrait être fixée par l'Assemblée générale des Nations Unies, en même temps que celle de la Cour (Hsu Mo).

L'unanimité se retrouve en faveur d'une nette affirmation du principe de légalité des délits et des peines (Badawi Pacha, Gidel, Spiropoulos, Udina). Mais cette affirmation est accompagnée de certaines réserves qu'explique la nature des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité auxquels serait limitée la compétence de la Cour. C'est ainsi que pour M. François « les juridictions sont liées par le principe *nulla poena sine praevia lege penale* dans la mesure où cette règle a été reconnue par le Tribunal international de Nuremberg ». M. Gidel admet qu'il n'est pas nécessaire que l'œuvre de codification soit achevée pour que la juridiction internationale pénale soit à même de fonctionner. M. Hsu Mo pense qu'il est « difficile d'adopter un code pénal international prévoyant toutes les peines ; qu'il est plus facile de définir les diverses catégories d'actes punissables et d'indiquer, de façon générale, les peines prévues pour chaque catégorie ». M. Kraus, critiquant l'article 12 de la Convention de 1937 *sur la répression internationale du terrorisme* qui prévoit l'application cumulative des lois pénales de l'Etat territorial et de l'Etat demandeur, en assignant pour maximum la peine édictée par la *mitior lex*, dit qu'à son avis la tâche d'une Cour pénale internationale ne peut consister qu'à appliquer le droit des gens, et non un droit pénal interne. Pour M. Udina, la Cour pénale internationale ne sera liée par le principe de légalité des délits et des peines que dans les limites prévues par la convention qui établira sa juridiction.

II. Les solutions adoptées, dans le cadre du Questionnaire, par le Comité de Genève

Le projet de Statut rédigé, au mois d'août 1951, par le Comité de Genève, en vue d'être soumis aux observations des Gouvernements et à l'approbation de la 7me Assemblée générale [1] est conçu dans l'esprit restrictif que commandait l'imperfection présente de la communauté internationale et de l'Organisation des Nations Unies. Il résulte du rapport introductif qu'au sein du Comité, comme au sein de notre Commission, une opposition à la création d'une juridiction criminelle internationale s'est manifestée. Il en résulte que, devant la multiplicité des problèmes posés, le Comité s'est borné à formuler des solutions qu'il est loin de regarder comme définitives.

Après avoir envisagé l'extension de la compétence aux *crimes de droit international et à d'autres crimes d'intérêt international* [2], le Comité la restreint, dans sa rédaction définitive, aux *crimes de droit international*, c'est-à-dire, suivant la terminologie adoptée, aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (article 1). Il n'est question ni de lui confier une fonction régulatrice des compétences, ni de soumettre à son examen la responsabilité pénale des Etats, ou de personnes morales quelconques. En effet, aux termes de l'article 25, *la Cour juge les personnes physiques exclusivement, y compris les personnes qui ont agi en qualité de chef d'Etat ou d'agent d'un gouvernement.* En définitive, le Comité de Genève est

[1] Projet de Statut pour une Cour criminelle internationale préparé par le Sous-Comité de rédaction : A/AC. 48/L.17, 27 août 1951 ; Projet de rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de la session que le Comité a tenue du 1er au 31 août 1951. Chap. I, II, III, IV, V, A/AC. 48/L. 18/Chap. VI et VII A/AC. 48/L.18 add. 1 du 29 août 1951 : Projet de Statut pour une Cour criminelle internationale A/AC. 48/L. 18 add. 2 du 30 août 1951.

[2] Rédaction du projet préparé par le Sous-Comité de rédaction.

parfaitement d'accord avec la majorité de notre Commission pour limiter la compétence de la Cour à la connaissance des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité reprochés à des personnes physiques. Cette compétence n'est pas bornée au génocide. Toutefois, le projet de Statut, ayant égard à la Convention internationale pour la répression du génocide que 28 Etats ont ratifiée, a émis le vœu final que l'*on établisse, en même temps que l'instrument instituant la Cour criminelle internationale, un protocole attribuant compétence à cette Cour à l'égard du crime de génocide* [1].

Sauf cette infraction, le fonctionnement du nouvel organe est donc subordonné à la conclusion d'accords par lesquels les Etats envisagés s'engageront à soumettre au nouvel organe telle ou telle infraction, telle ou telle catégorie d'infractions. Ces accords se présenteront sous la forme de conventions, ou, à l'occasion d'un cas particulier, de compromis, ou de déclaration unilatérale (art. 26). Il est intéressant de signaler que, dans la conception qui a prévalu, la conclusion du compromis attributif de compétence n'est pas nécessairement antérieure à la commission du délit [2].

Mais il y a plus. Après avoir envisagé la création de la Cour, comme *organe subsidiaire* des Nations Unies, par une Résolution de l'Assemblée générale [3] — le Comité, finalement, a décidé qu'elle serait fondée par voie de Convention. Ainsi la portée de l'institution est rétrécie, privée du caractère universel qui répondrait à son principe et à son but : seuls des Etats parties au Statut prendront part à l'élection des juges (art. 7). La Cour est cependant un organisme permanent qui représentera, *dans*

---

[1] Ce vœu est issu d'un projet de Résolution déposé par la délégation d'Israël A/AC. 48/L 5 le 13 août 1951.

[2] Voir, en faveur de l'attribution de compétence *post facto* le rapport précité A/AC. 48/L. 18, n° 61.

[3] Rapport précité : n°s 21 et suiv.

la mesure du possible, les grandes formes de civilisation et les principaux systèmes juridiques du monde. La liaison avec l'*Organisation des Nations Unies* est assurée par le fait que la Convention constitutive sera conclue sous ses auspices et qu'aucune attribution de compétence n'aura lieu au profit de la Cour sans l'approbation de l'Assemblée générale des Nations Unies (article 28).

Aux restrictions précédentes qui concernent la compétence *ratione materiae* s'en ajoutent deux autres relatives à la compétence *ratione personae* et à la compétence *ratione loci. Aucun individu ne pourra être déféré à la Cour à moins que compétence n'ait été attribuée à celle-ci par l'Etat ou par les Etats dont il est ressortissant et par l'Etat ou les Etats sur le territoire desquels il est allégué que le crime a été commis* (article 27) [1].

Inversement, il résulte du rapport *(in fine)* que le Comité respecte la faculté pour les Etats de conclure entre eux des accords instituant des tribunaux spéciaux dont la compétence serait plus large. « Le Statut ayant imposé des limites très étroites à la compétence de la Cour criminelle internationale, il fallait préciser sans équivoque que ces limitations ne seraient pas applicables au cas où les Etats peuvent, en vertu des règles ordinaires du droit international, juger en commun les auteurs de certains crimes ». Aux termes de l'article 55 : *Aucune des dispositions du présent Statut ne doit être interprétée comme portant atteinte au droit que deux ou plusieurs Etats qui y sont parties ont de créer en commun des tribunaux spéciaux pour juger les auteurs des crimes dont la répression est de la compétence de chacun de ces Etats selon les principes généraux du droit*

[1] Les considérations de nationalité n'interviennent pas, en revanche, dans le choix des juges. Aux termes de l'article 6 : *Les juges pourront être élus parmi les personnes possédant n'importe quelle nationalité ou n'en possédant aucune.* Ainsi les membres de la Cour, à l'opposé des justiciables, peuvent être pris hors du cercle des Etats parties au Statut.

international. Si on envisage, en conséquence, que soient déférés à ces tribunaux spéciaux les auteurs de délits de droit des gens ou de délits internationaux quelconques, on voit que le Comité aboutit en définitive à un système dualiste qui ne diffère de celui que nous avons suggéré nous-même que par des modalités d'application.

Nous nous abstiendrons de préciser, dans ses détails, l'organisation et le fonctionnement de la Cour, puisque ces points sont étrangers à notre enquête. Bien que la Cour soit un organisme permanent, c'est sous la forme de sessions qu'elle siégera et cette prescription est évidemment justifiée par le nombre restreint des affaires qui lui sont soumises. Sa composition, le mode d'élection et la durée des fonctions de ses membres (cette dernière fixée en principe à 9 ans avec faculté de réélection) sont soumis à des règles inspirées par le régime de la Cour internationale de Justice — sauf les différences imposées par le nombre limité des Etats parties au Statut, et le caractère intermittent de la juridiction. Signalons en passant la réserve formulée par M. Gidel dans sa réponse à notre Questionnaire, à l'égard de la rééligibilité des juges. Le régime procédural, dont les traits généraux sont seuls dessinés, s'attache à concilier les tendances du système inquisitoire et du système accusatoire qu'on trouve également dans le droit positif des Etats représentés au sein du Comité. L'oralité, la publicité, la contradiction caractérisent les débats devant la juridiction de jugement. Il n'est pas à prévoir que de telles solutions suscitent de sérieuses controverses. Peut-être en sera-t-il autrement de la décision qui refuse à la Cour le pouvoir de statuer soit sur la responsabilité civile d'un Etat ou d'une personne morale quelconque, soit sur celle de l'accusé [1]. L'exécution des condamnations, à défaut

[1] On lira avec intérêt en faveur de la solution qui a prévalu les observations du Secrétaire général des Nations Unies A/AC. 48/1, p. 27.

de stipulations conventionnelles, est confiée au Secrétaire général des Nations Unies qui s'accordera à cet effet avec la Cour, et s'adressera à un Etat, qui n'est pas déterminé (article 52) [1].

Deux points seulement retiendront notre attention parce qu'ils sont compris dans notre Questionnaire. Le premier concerne l'institution d'un ministère public. Le second est relatif au droit applicable, et, spécialement, au principe de *légalité des délits et des peines.*

Une innovation intéressante du projet est la création d'un Comité d'instruction formé de neuf membres, *élus de la même manière, en même temps et dans les mêmes conditions et possédant les mêmes titres que les juges* (article 33)[1], dont dépend la délivrance d'une attestation relative à la mise en jugement (article 33,4). Ce Comité exerce en somme les attributions d'une juridiction d'instruction. C'est, en effet, sur le vu de l'attestation délivrée par lui que l'acte d'accusation sera dressé par un Procureur élu par un groupe de dix personnes qui sont élues elles-mêmes aux réunions prévues à l'article 11 et selon les modalités prescrites par cet article. La désignation obéit donc aux mêmes règles que celle des membres de la Cour et du Comité d'instruction. Le leit-motiv est évidemment le désir d'assurer l'indépendance du ministère public relativement

---

[1] Il n'est pas admis d'autre voie de recours que la revision en vue de laquelle une requête peut, en cas de fait nouveau (article 53), être adressée à la Cour. Le pouvoir d'accorder la grâce, la libération conditionnelle, ou *le sursis à l'exécution des peines* est confié à un Comité formé de cinq membres (article 54). Le sursis est, en droit commun, une institution judiciaire. L'innovation qui, en pratique, subordonnerait l'efficacité de la condamnation au gré d'un organisme exécutif, ne peut être accueillie sans réserve. La portée respective de ces mesures d'indulgence ne saurait d'ailleurs être exactement appréciée en l'absence de précisions sur la mesure des sanctions qui sont généralement laissées à l'appréciation de la Cour (article 32).

aux Nations Unies. Il s'accorde d'autant mieux avec l'ensemble du projet que celui-ci n'institue entre la Cour pénale internationale et l'O.N.U. qu'un lien assez ténu. On sait qu'il répond au sentiment qui s'est fait jour dans la plupart des réponses à notre Questionnaire [1].

Le droit appliqué par la Cour est déterminé par l'article 2 : *La Cour applique le droit international, y compris le droit pénal international et, le cas échéant, le droit interne.* Cette formule est très vague, et il résulte du rapport (N° 39) que cette indétermination est intentionnelle. La référence au droit international — et non pas seulement au droit pénal international — s'explique parce que cette dernière branche du droit met souvent en oeuvre des notions empruntées au droit international public, par exemple, pour les crimes de guerre, aux «lois de la guerre coutumières ou conventionelles». On s'attendrait moins, au premier abord, à l'application du droit pénal interne, puisque la compétence de la Cour est, en définitive, limitée aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Mais il est observé, dans le rapport, que des règles internes concernant l'effet de l'ordre supérieur sur le dosage de la responsabilité, l'acquisition et la perte de la nationalité peuvent s'imposer à la considération de la Cour.

Il était difficile, en l'absence d'un *Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, d'édicter, sur la nature et le taux des sanctions, des règles précises. Aussi l'article 32 contient-il la disposition suivante : *La Cour prononce, contre les accusés reconnus coupables, toute peine qu'elle fixe sous réserve des limitations prévues dans l'instrument lui attribuant compétence.*

Il est clair que, dans ces conditions, la règle *nullum crimen, nulla poena sine lege* est mise en échec. Elle perd son caractère

[1] Cette innovation du projet reçoit notamment l'approbation de M. Udina.

impératif et sa portée générale. Constatation dont il y aura lieu, peut-être, de dégager un enseignement.

Nous signalerons, pour terminer, la disposition de l'article 48 aux termes duquel : *si l'arrêt n'exprime pas l'opinion unanime des juges, tout juge aura le droit d'y joindre l'exposé de son opinion individuelle.* M. Gidel, dans sa réponse à notre Questionnaire, préconise la publication des opinions dissidentes. La Convention internationale de 1937 pour la répression du terrorisme consacrait, sur ce point, une solution contraire, que nous préférons. Le jugement répressif est une œuvre collective, dont la valeur sanctionnatrice est compromise, si les divergences — il s'en produira le plus souvent — sont communiquées au public.

III. Le sens des Résolutions soumises à l'approbation de l'Institut

Il est évident, pour qui souhaite un résultat prochain dans le sens de la création d'une juridiction criminelle internationale, que certaines positions, précédemment défendues, doivent être abandonnées. Certaine concordance des données de notre enquête avec les termes du projet de Genève marque une direction commune. Il semble que les esprits soient fascinés par le précédent de Nuremberg. C'est par la réaffirmation des principes du Statut de Londres et du jugement qui en contient l'affirmation qu'on veut frayer la voie vers un progrès du droit pénal international[1]. Les infractions qu'on veut soumettre exclusivement à la Cour pénale internationale sont celles-là

[1] L'idée que les principes du Statut et du jugement de Nuremberg sont des principes reconnus du droit international a été développée notamment devant la 6me Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies (1949) par Sir Hartley Shawcross (A/C.6 SR 159, p. 124) ; devant la même Commission (1950) par M. Fitzmaurice (A/C.6/SR 233, p. 153).

même sur lesquelles le jugement de Nuremberg a statué. Les justiciables seraient exclusivement des personnes physiques, qui, seules, ont été frappées de sanctions pénales par le *Tribunal militaire international*. Sans doute ne s'agit-il pas d'un parti-pris d'immobilisme. Taxant la juridiction de Nuremberg de timidité à l'égard de la répression universelle, on associe à la notion de *crimes de lèse-humanité* celle, jusqu'ici inconnue [1] du génocide [2]. On corrige le défaut essentiel de ce Tribunal, juridiction *ad hoc*, juridiction d'occasion, par la création d'une Cour préconstituée et permanente. On confère à cette dernière une compétence plus étendue, puisqu'on permet de lui déférer, non seulement les grands criminels de guerre, mais, avec eux, les simples *exécutants*.

Nous ne discutons pas cette orientation qui répond au sentiment commun. Mais, nous inspirant des réponses faites à notre Questionnaire, même par la minorité de la Commission, nous nous proposons de souligner certains défauts que présente sa mise en œuvre dans le projet de Genève, et d'attirer l'attention de l'Institut sur des points demeurés obscurs.

A. — Un défaut radical, à nos yeux, est la limitation de compétence aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Il semble que le Comité de Genève ait joué la difficulté ; qu'il ait soumis le fonctionnement de la Cour à une condition irréalisable. Comment concevoir qu'un Gouvernement consente, soit par convention, soit par compromis, soit par engagement unilatéral, à livrer à un organisme supranational

---

[1] Georges A. Finch, « Retribution for War crimes », *American Journal of International Law* 37, 1943, pp. 81 et suiv.

[2] A.A. Berle Jr., Mise hors la loi du génocide, *Revue internationale de droit pénal*, 1950, n° 2, pp. 150 et suiv. On sait que la Convention pour la répression du génocide attache un caractère *facultatif*, vis-à-vis de cette infraction, à la juridiction de la Cour pénale internationale.

ses agents inculpés de crimes qui ont vraisemblablement été commis sur ses ordres ou qui sont l'effet de sa politique ? Qu'il supporte ainsi la plus humiliante abdication de souveraineté ? On peut lire à ce sujet les observations parfaitement judicieuses de M. Fitzmaurice dans sa réponse au Questionnaire. Une telle situation implique le renouvellement des circonstances qui ont rendu Nuremberg possible, aggravées par le progrès vertigineux des armements.

L'inefficacité du système comporte, il est vrai, un correctif, qui consisterait dans la faculté pour la Cour de prononcer, à défaut de sanctions pénales effectives, *des déclarations de culpabilité*, dont on attendrait un effet sur l'opinion publique mondiale. Ce procédé — qui serait analogue à une condamnation par coutumace — est envisagé avec quelque faveur par M. Finch. Nous l'admettons *au regard des Etats*, le jour où la responsabilité pénale internationale des personnes morales devant une Chambre spéciale de la Cour internationale de Justice [1] serait admise. Vis-à-vis des individus, il offrirait l'inconvénient majeur, déterminant à nos yeux, de manifester surtout l'impuissance de la justice.

Implicitement, le projet du Comité de Genève donne pour prélude à l'avènement de la juridiction pénale internationale une catastrophe universelle. Nous ne pensons pas que cette éventualité désespérante doive être entièrement exclue. Mais envisageant sa réalisation, dont les modalités sont imprévisibles, nous croyons que le moyen d'y faire face est d'offrir un aliment à l'activité de la Cour, d'amorcer la collaboration internationale sur le plan répressif, en portant devant elle des infractions dont la commission est quotidienne, telles que les délits de droit des gens, ou certains délits communs singularisés par la nationalité de l'agent, de la victime, la nature de l'intérêt lésé, ou du

[1] En ce sens, le *Memorandum* du Secrétaire général des Nations Unies (A/AC.48/1, p. 3).

danger collectif qu'elles font naître. Nous sommes loin de penser que le caractère international de l'infraction ait pour corollaire constant celui de la juridiction appelée à en connaître. Mais nous croyons qu'il y a des cas où l'intervention d'un juge international est préférable à l'exercice de la compétence par le *judex deprehensionis* et ne peut être remplacée par l'extradition. L'affirmation que ces cas sont exceptionnels est gratuite ; elle est démentie par l'évolution des faits et des idées qui a conduit à la Convention de 1937 sur la répression du terrorisme [1]. Un avantage de cette juridiction, que signalait le Gouvernement français dans ses propositions de 1934 qui ont conduit à la conclusion de cet accord, est de mettre à couvert la responsabilité de l'Etat à l'égard d'infractions susceptibles de troubler les relations internationales [2].

Le projet l'admet implicitement, puisqu'il envisage des conventions séparées entre Etats concernant les délits internationaux quelconques. Mais le but proposé ne peut être atteint sans le patronage coordinateur, unificateur des Nations Unies.

B. — Ce patronage, le projet l'accorde à la Cour pénale internationale dans l'exercice de sa compétence à l'égard des crimes dits *de droit international*, mais sous de nombreuses réserves. On sait en effet que l'institution de la Cour résulte d'une Convention internationale ; que seuls les Etats parties

---

[1] Voir sur la relativité des jugements rendus, en pareille matière, par les tribunaux nationaux et le danger de tension politique qu'ils recèlent, l'exposé de M. Basdevant dans les *Actes de la Conférence internationale pour la répression du terrorisme*. Société des Nations, Doc. C.94.M.47 1938 V.59. Cf. le *Memorandum* de M. V.V. Pella, p. 37. La Convention ouverte à la signature du 16 novembre 1937 fut signée par 13 Etats, parmi lesquels la France et l'Union Soviétique. La guerre en a empêché la ratification.

[2] En ce sens, le *Memorandum* du Secrétariat général des Nations Unies (A/AC.48/1, p. 16).

au Statut participent à sa composition ou à son fonctionnement, s'engagent à lui soumettre certains litiges. L'activité des Nations Unies n'apparaît que dans l'article 28 qui soumet toute attribution de compétence à l'approbation de l'Assemblée générale ; l'article 29 qui fait dépendre la mise en mouvement de l'action publique de l'Assemblée générale, concurremment avec les Etats ; de l'article 52 qui confie au Secrétaire général le soin de pourvoir à l'exécution des condamnations.

Contre un système différent, d'application plus simple et plus rapide[1] qui ferait résulter l'existence de la Cour d'une Résolution de l'Assemblée générale (rapport n° 21), il a été objecté que la subordination de la Cour — organe *subsidiaire* — à l'Assemblée générale la rendrait dépendante de la politique, ce qui offrirait divers inconvénients : celui, notamment, de permettre la dissolution par Résolution de l'Assemblée. Mais l'indépendance nous paraît mal assurée tant que chaque attribution de compétence est subordonnée à une approbation de celle-ci. Et l'*universalisme* de l'œuvre entreprise qu'implique la dénomination des crimes contre la paix et la sécurité de l'*humanité* est compromis si la Cour n'est pas en mesure de représenter « les grandes formes de civilisation et les principaux systèmes juridiques du monde ».

M. Hsu Mo, dans sa réponse à notre Questionnaire, dépasse nos propositions. Admettant que la Cour doit connaître, au nom des Nations Unies, des crimes d'un caractère international, il estime que sa juridiction, obligatoire pour tous, doit s'étendre aux gouvernants et ressortissants de tous les Etats Membres de l'O.N.U., *ainsi qu'à tous les ressortissants des Etats non membres*, qui ont commis les actes dont il s'agit sur le territoire

---

[1] Voir, en faveur de cette méthode, le *Memorandum* du Secrétariat général (A/AC.48/1, p. 9). Il est observé, en outre, que la revision éventuelle du Statut s'en trouverait facilitée.

d'un Etat Membre. Il serait illogique et injuste, ajoute-t-il, que la juridiction pénale dépende de la volonté de quelques Etats Membres, tous les autres Etats Membres l'ayant acceptée. La juridiction pénale, soit nationale, soit internationale doit s'imposer à tous.

L'unique objection relative à la dépendance de la Cour serait écartée si la juridiction criminelle, élevée au niveau d'organe *principal* des Nations Unies, était incorporée à la Cour internationale de Justice. Il n'est pas interdit à la doctrine d'envisager, pour un avenir plus ou moins lointain, un amendement de la Charte à cet effet. Ce régime, exposé par nous dans notre rapport initial, comporte une juridiction à deux degrés, l'échelon supérieur étant réservé aux affaires qui dépassent le jugement des délits internationaux communs. La construction érigée par le Comité de Genève est, elle aussi, nous l'avons vu, une construction à deux étages. Mais elle est, en quelque sorte, dénivelée.

C. — Il reste, pour préciser cette distinction, à résoudre un point encore enveloppé d'incertitude. Les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité — et notamment le génocide — sont, en pratique, l'œuvre de gouvernants et d'exécutants. Chacun d'eux constitue-t-il une infraction unique, à laquelle gouvernants et exécutants sont associés en qualité d'auteurs principaux et de complices ? Faut-il considérer, au contraire, qu'à cette double catégorie de participants doit correspondre une dualité d'incriminations ? L'intérêt de la question est essentiel au double point de vue de la juridiction et de la loi applicable.

La première conception, qui semble obtenir la faveur des spécialistes du droit international public, est impliquée dans les termes de la Convention pour la répression du génocide qui englobe dans la même incrimination gouvernants et exécu-

tants[1]. Elle se retrouve, ou semble se retrouver, dans l'article 25 du projet de Genève qui limite la compétence de la juridiction unique qu'il institue aux personnes physiques *y compris les personnes qui ont agi en qualité de chef d'Etat ou d'agent de gouvernement.*

Cette conception est nettement contraire à celle qui a présidé, au lendemain de l'armistice, à la répression internationale. Il est vrai que le Statut de Londres exclut l'effet justificatif d'une qualité officielle, aussi bien que celui de l'ordre supérieur. Mais cette disposition, qui répudie la théorie classique des *actes d'Etat*, n'a nullement pour corollaire l'identité d'incrimination et de traitement applicables aux gouvernants et aux exécutants. La preuve est que la décision des alliés successivement exprimée dans les accords de Moscou et de Londres fut de soumettre au Tribunal militaire international les grands criminels de guerre, dont l'activité était insusceptible de localisation géographique, tandis que les « petits criminels de guerre », conformément au droit en vigueur, étaient régis par la compétence territoriale.

Nous préférons ce second système parce qu'il est seul conforme à la notion commune de la complicité. L'élément moral, essentiel, de la complicité, est l'accord des volontés, la communauté d'entreprise criminelle. Or il n'y a pas — dans l'immense majorité des cas — accord de volonté, communauté d'entreprise, entre les gouvernants responsables d'une guerre d'agression et les officiers ou soldats qui, englobés dans un conflit dont ils ne connaissent pas les origines, viennent à violer les lois de la guerre. Il n'y a pas non plus accord de volontés, ni communauté d'entreprise, entre le chef d'Etat qui, dans une intention de « génocide », organise des camps de concentration, et le gardien qui, à l'intérieur de ces camps, commet des actes de brutalité. Un tort reprochable à cette méthode, inhérent,

[1] Nous comprenons moins la référence de M. Gidel à la Convention *sur le terrorisme*, qui n'implique pas la participation de *gouvernants*.

en particulier, à la Convention sur le génocide, est d'attacher fâcheusement, en partant du *mobile*, une qualification spécialisée à des actes dont la répression est assurée, avec toute la rigueur souhaitable, par le droit commun [1].

Nous préférons enfin le second système parce qu'il conserve seul la part de vérité contenue dans la théorie classique des *actes d'Etat*. Cette théorie est dépassée, elle a cessé de répondre aux exigences de la conscience universelle dans la mesure où elle préconise l'impunité des actes criminels commis par des gouvernants dans l'exercice de leurs fonctions. Mais elle est et reste vraie dans la mesure où elle prête à cette criminalité une nature différente de la criminalité des exécutants — justifiant une qualification et un traitement individualisés. *La première est une criminalité politique, la seconde une criminalité de droit commun.* La confusion de ces notions caractérise l'ordre d'idées qui se traduit dans la Convention sur le génocide.

La théorie que nous préconisons n'est pas nouvelle. On la verra défendue au cours de la première guerre mondiale par un criminaliste tel que M. Emile Garçon [2], par un internationaliste tel que M. Louis Renault [3]. L'un et l'autre présentent la répression des crimes de guerre, par les juridictions de l'Etat territorial ou de l'Etat lésé comme l'application du droit pénal

---

[1] C'est avec raison, selon nous, que M. Aroneanu, promoteur de la théorie sur les « crimes de lèse-humanité », a soin de limiter cette incrimination aux gouvernants. Aroneanu, « Le crime contre l'humanité et la juridiction pénale internationale », *Revue de droit international*, 1950. Cette restriction ne met pas obstacle à l'inculpation de personnes privées en qualité de complices, quand les éléments de la complicité, au sens du droit pénal commun, sont réunis : ainsi les directeurs de journaux, d'agences d'information qui ont préconisé des exécutions en masse (cf. le rapport du Secrétariat des Nations Unies (A/AC.48/1, p. 17)).

[2] E. Garçon, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1915, pp. 496 et suiv.

[3] L. Renault, « De l'application du droit pénal aux faits de guerre », *Journal du droit international privé*, 1915, p. 314.

commun des Etats, limité par les dispositions permissives du droit de la guerre. Nous sommes heureux de voir la dualité des juridictions, conséquence logique de ce point de vue, préconisée, dans un passage auquel se réfère la réponse de M. Gidel, par notre collègue de Genève, M. Graven.

M. Gidel lui-même se place à l'extrême opposé de cette conception, lorsqu'il s'exprime ainsi : « Tous les crimes de guerre doivent être soumis à la juridiction internationale, et l'application des textes les concernant doit être faite par des neutres. » Il est clair qu'un belligérant ne peut renoncer à la répression immédiate des crimes commis par des militaires ennemis contre ses ressortissants, sans compromettre les intérêts vitaux de sa défense. La conséquence logique du point de vue de l'auteur serait de soustraire aux juridictions nationales le jugement des crimes contre la sûreté ou le crédit de l'Etat, quand l'accusé est un étranger. Nul ne prétend, et M. Gidel moins que personne, que la nationalité étrangère du prévenu appelle, à l'égard des délits communs, le recours à la juridiction internationale. A l'égard des crimes de guerre, un soupçon de partialité hostile, fondé sur la nationalité de l'accusé, ne peut prévaloir sur l'exercice de la compétence normale, territoriale ou réelle, inscrite dans l'article 3 du Code civil, dans l'article 7 du Code d'instruction criminelle. L'intervention d'un tribunal supra-étatique offre, par contre, des inconvénients qui, pour les criminalistes, sont primordiaux : l'éloignement dans le temps et dans l'espace.

Aussi M. Gidel ajoute-t-il : « Que ce programme soit difficile à réaliser en fait, je n'en disconviens pas ; mais je répète que la question est de savoir si, en ces matières, on veut arriver ou non à une justice qui soit digne de ce nom. »

La notion d'une « justice digne de ce nom » est fâcheusement livrée à l'anarchie des appréciations individuelles. Nous acceptons, pour notre part, l'imperfection de la justice humaine,

d'abord parce qu'elle est inévitable, ensuite parce qu'elle vaut mieux que la carence de la justice. « Les vainqueurs, a écrit le professeur Hugueney[1], sont parfois capables de juger avec sérénité les vaincus, et l'Histoire mettra le jugement de Nuremberg au-dessus de l'extermination sommaire qui fut le lot de Mussolini. »

La dualité d'incrimination — selon qu'il s'agit des gouvernants ou de gouvernés — se répercute, avons-nous dit, sur la compétence judiciaire et sur la loi applicable.

D'où la variété des applications qu'on trouve chez ses promoteurs.

M. Finch qui, pour les raisons exposées ci-dessus, maintient, à l'égard des exécutants, l'exercice de la juridiction nationale, soumet à la compétence de l'organisme international « les Gouvernements ».

M. François veut que la juridiction internationale soit obligatoire à l'égard des gouvernants, facultative à l'égard des exécutants, et nous en avons donné la raison.

Enfin, le Comité de Genève traduit gouvernants et gouvernés devant la Cour pénale internationale. Mais l'unité de juridiction n'a pas ici pour conséquence obligatoire l'identité du droit applicable et de la sanction. Nous souhaiterions voir amender, ou compléter ici l'article 2 du projet qui prévoit l'application du droit international, et, « le cas échéant », celle du droit interne. Le droit pénal interne, identifié suivant les règles communes du droit pénal international, gouverne l'activité des exécutants[2]. Celle des gouvernants sera soumise au droit pénal interétatique (ou droit pénal international nouveau). Au jugement des premiers s'applique dans sa rigueur la règle

---

[1] L. Hugueney, *Revue internationale de droit pénal*, 1948, p. 277. Cf. V.V. Pella, *Memorandum sur un projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* : A/CN 4/39, p. 91.

[2] Cf. à ce sujet le *Memorandum* du Secrétaire général des Nations Unies A/AC.48/1, p. 61. Il en résulte que le droit national serait applicable :

nullum crimen, nulla poena sine lege, qui appartient au droit positif de la plupart des Etats. En revanche, lorsqu'il s'agit des crimes reprochés aux gouvernants, l'application du principe de légalité des délits et des peines appelle quelques réserves, liées au stade actuel d'évolution du droit pénal interétatique. L'opposition entre la thèse de notre rapport et l'affirmation de la règle *nullum crimen* qu'on trouve dans les réponses à notre Questionnaire [1] n'est qu'apparente. Nul ne prétend qu'il soit permis de punir, au mépris de la plus élémentaire justice, un fait dont l'auteur n'a pu apercevoir, au moment de sa commission, le caractère délictueux. Inversement, l'élasticité inhérente aux définitions des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité [2], l'absence de toute définition de la guerre d'agression à laquelle a dû se résigner la *Commission du droit international* [3], l'imprécision des sanctions tant qu'il n'existera pas un Code complet excluent une observation littérale de la règle *nullum crimen* [4]. C'est la seule dont nous ayons voulu dispenser le juge.

---

a) aux crimes de droit commun soumis à la Cour par des Etats parce que ces crimes engagent leur responsabilité internationale ;

b) aux crimes de droit international dont les conventions auraient prévu la répression par des droits nationaux (exemple : les articles 4 et 5 de la Convention du 9 décembre 1948 concernant le génocide).

[1] Voir dans le même sens : Jimenez de Asua, *Tratato di derecho penal,* Buenos Aires, 1950, t. II, n° 898, p. 1032, et les nombreux auteurs cités, dans son *Memorandum* A/AC. 48/3, pp. 70 et suiv. par M. V.V. Pella.

[2] Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 3me session ; Chap. IV. *Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* (A.C.N. 4/L.26).

[3] Projet de rapport... chap. III. *Question de la définition de l'agression* (A.C.N. 4/L 25).

[4] Voir en ce sens les justes observations du *Memorandum* des Nations Unies A/AC. 48/1, p. 56. Cf. Sheldon Glueck, *Harvard Law Review,* 1946, pp. 396 et suiv. ; Schwarzenberger, *Talam Law Review,* 1947, pp. 329 et suiv. *Contra* Jimenez de Asua, *op. et loc. cit.,* n° 898, p. 1035.

Mais nous croyons nécessaire de dénoncer la confusion souvent commise entre deux griefs auxquels l'exercice récent de la juridiction pénale internationale a donné lieu, et dont la valeur est, à nos yeux, très inégale : l'un relatif à l'effet rétroactif attaché à la loi pénale ; l'autre concernant le caractère *ad hoc* de la juridiction qui a statué.

Sur le premier, notre pensée, que nous avons développée ailleurs [1], résulte des constatations précédentes. Quant au second — que les événements n'ont pas permis de prévenir — l'intérêt principal d'une juridiction permanente est d'empêcher son renouvellement dans l'avenir.

Nous relevons dans la réponse de *Badawi Pacha* le passage suivant : « Il (le rapporteur) estime que la critique du fait qu'il a été composé de vainqueurs (le Tribunal de Nuremberg) ou celle tirée du principe de légalité des délits et des peines ne sont pas aussi graves et sérieuses que celle qu'il a été créé posté-

[1] H. Donnedieu de Vabres, « Le jugement de Nuremberg et le principe de légalité des délits et des peines », *Revue* (belge) *de droit pénal et de criminologie*, 1947, p. 813. Rien n'est plus topique, à cet égard. que l'amendement apporté à la formule du principe de *légalité des délits et des peines* contenue dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* du 10 décembre 1948 par le *Projet de pacte international relatif aux droits de l'homme*. Le texte de la Déclaration est le suivant (article 11, § 2) : *Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constitueraient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis.*

Le projet de pacte (24 mai 1951) ajoute que ce principe ne s'oppose pas *au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes du droit généralement reconnus.* Cf. V.V. Pella, *Memorandum*, p. 77.

Quant à l'assimilation analogique dont l'exemple est offert par l'ordonnance française du 28 août 1944, article 2, ce mode d'adaptation au principe de légalité de la répression internationale ne nous paraît pas exempt du genre d'hypocrisie que flétrit M. Gidel.

rieurement au fait qu'il devait juger. Il semble même envisager sans inquiétude et avec équanimité la possibilité à l'avenir d'une Cour pénale internationale jugeant des criminels de guerre sans un Code pénal dont l'élaboration exigerait de longs délais et composé *exclusivement de vainqueurs*, puisque la neutralité ne pourrait être qu'une simple notion juridique et que la participation de nationaux de l'Etat vaincu ne saurait améliorer l'administration de la justice. »

Le rapporteur est surpris de se voir prêter par Badawi Pacha une position si éloignée de son sentiment et qui n'a de fondement dans aucun de ses écrits. Si, dans la discussion qui a suivi son rapport oral à l'Institut, il a émis l'idée que le recours à des neutres ou à des sujets de l'Etat vaincu ne suffirait pas à prévenir le grief de partialité, il résulte nettement du contexte [1] que cette appréciation se rapportait aux circonstances propres du procès de Nuremberg. Une raison qui l'a déterminé à exclure désormais toute juridiction formée *post factum*, c'est précisément la crainte que cette juridiction ne soit un tribunal de vainqueurs. Badawi Pacha estime, à l'inverse, que « l'existence antérieure ou postérieure d'une Cour pénale n'est d'aucune importance si les crimes sont bien définis ». On sait qu'il est, en cela, d'accord avec le Comité de Genève. Il résulte en effet du rapport de ce Comité que l'autorisation d'instituer des *tribunaux spéciaux* annoncée par l'article 63 ne concerne pas seulement les délits internationaux communs. Elle s'applique aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui entrent dans la compétence de la Cour : « Tel serait notamment le cas lorsque les Etats sont victimes d'une agression, car ces Etats ont le droit indiscutable de créer en commun des tribunaux pour juger les responsables de ce crime, même si les conditions requises pour attribuer compétence à la Cour criminelle inter-

[1] *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1948, p. 234.

nationale ne sont pas remplies. » Et le rapporteur ajoute : « On a également fait valoir qu'une telle disposition ferait clairement ressortir qu'il n'y a pas contradiction entre les dispositions du statut et les principes sur lesquels reposent les jugements des tribunaux de Nuremberg et de Tokio [1]. »

De telles considérations s'accordent avec un système qui — tel celui du projet de Genève — assigne à la Cour pénale internationale un fondement contractuel. Elles se justifient mal si on attend le progrès du droit d'une institution unifiée, supra-étatique.

Il est impossible de prévoir l'usage que feraient de leur domination les vainqueurs d'une future guerre mondiale, de leur imposer le respect d'une juridiction préconstituée. Il est à penser cependant que sa présence opposerait un frein à l'exercice de la violence, au déchaînement de l'arbitraire. L'influence qu'ont eue sur la création du Tribunal de Nuremberg les projets formés de 1918 à 1940 est, à cet égard, un indice. Un précédent favorable résulterait, par ailleurs, des réalisations plus modestes, mais plus aisées, que constituerait l'exercice, en temps de paix, de sa juridiction à l'égard des infractions de droit commun que régit le droit pénal international, au sens classique de ce mot.

C'est dans cet esprit, et sur la double base des avis exprimés au sein de notre Commission et du projet de Genève que nous avons l'honneur de soumettre à l'Institut les Résolutions suivantes.

(Le 21 octobre 1951.)

---

[1] Projet de rapport à l'Assemblée générale (A/AC. 48/L 18/Add.).

B.

Projet définitif de Résolutions

L'Institut de Droit international,

Rappelant ses Résolutions de Munich (1883) concernant le conflit des lois pénales en matière de compétence, revisées dans sa session de Cambridge (1931), complétées dans sa session de Bath (1950) par des dispositions nouvelles relatives à la portée extra-territoriale des sentences répressives ;

Constatant que la création d'une Cour criminelle internationale est conforme à l'évolution manifestée par la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 11 décembre 1946, qui tend à *formuler, dans le cadre d'une codification générale ou dans le cadre d'un Code de droit criminel international* les principes reconnus dans le Statut de la Cour de Nuremberg et dans l'arrêt de cette Cour ;

Vu l'article 6 de la Convention du 9 décembre 1948 aux termes duquel *les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la Cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction ;*

Vu la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies (n° 489 du 12 décembre 1950) chargeant une Commission composée des représentants de dix-sept Etats de préparer un ou plusieurs avant-projets de convention et de formuler des propo-

sitions concernant la création et le Statut d'une Cour criminelle internationale.

Vu le projet de rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de la session que ce Comité a tenue du 1er au 31 août 1951 (Chapitres I, II, III, IV, V : A/AC.48/L.18 ; Chapitres VI et VII : A/AC.48/L 18/Add. 1 du 29 août 1951 et les annexes à ce rapport A/AC.48/L 18/Add. 2 du 30 août 1951) ;

Emet les Recommandations suivantes :

1. Il est souhaitable que soit instituée, par une Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, une juridiction criminelle internationale.

2. Cette juridiction serait appelée à connaître :

1° des crimes de droit international : c'est-à-dire *des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, imputés à des personnes ayant agi en qualité de chefs d'Etat, d'agents d'un Gouvernement ou à leurs complices ;

2° des crimes de droit commun dans le cas où la responsabilité d'un Etat à l'égard d'autres Etats serait engagée par ces crimes ;

3° des crimes de droit commun dont la répression présenterait un intérêt international, et pour lesquels compétence aurait été attribuée à la Cour :

a) soit par une convention conclue sous les auspices des Nations Unies ;

b) soit par une convention conclue en dehors des Nations Unies, à condition qu'une décision de l'Assemblée générale ait approuvé l'attribution de compétence faite à la Cour par ladite convention.

Enfin, la Cour remplirait la fonction de juge suprême du droit, à l'égard des conflits de compétences et des conflits de choses jugées susceptibles de s'élever entre tribunaux de divers

Etats, sur la base des conventions intervenues dans les conditions ci-dessus spécifiées.

3. La Cour, organisme permanent, serait convoquée en session, quand l'examen des affaires l'exigerait.

Elle serait un corps de magistrats indépendants, élus, sans égard à leur nationalité, parmi les personnes jouissant de la plus haute considération morale, et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou qui sont des jurisconsultes possédant une compétence notoire en matière de droit international, notamment en droit pénal international.

4. Ces magistrats, au nombre de 9, seraient élus par l'Assemblée générale et le Conseil de Sécurité sur une liste dressée par le Secrétaire général des Nations Unies, après consultation, dans chaque pays, des organismes qualifiés, et présentation, par chaque gouvernement, de quatre candidats au maximum.

Les électeurs auraient en vue que l'ensemble des juges doit, dans la mesure du possible, assurer la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde.

La durée des fonctions n'excéderait pas neuf ans.

5. L'initiative de la poursuite appartiendrait, dans tous les cas, au Secrétaire général des Nations Unies, agissant en vertu d'une Résolution de l'Assemblée générale ou du Conseil de Sécurité.

Elle appartiendrait, en outre, au cas d'un crime de droit commun engageant la responsabilité d'un Etat vis-à-vis d'autres Etats, à l'Etat intéressé.

Au cas où l'attribution de compétence serait l'effet d'une convention, le droit d'agir serait reconnu aux Etats parties à cet accord, si l'instrument précité leur donnait cette faculté et aux conditions prévues par lui.

6. Au cas de poursuite intentée par le Secrétaire général des Nations Unies, l'accusation serait représentée par un ou plusieurs membres du ministère public élus dans les mêmes conditions et présentant les mêmes titres que les membres de la Cour.

Au cas de poursuite intentée au nom d'un Etat, la partie plaignante assumerait la charge de soutenir l'accusation devant la Cour.

Dans tous les cas, la saisine de la Cour dépendrait d'un *Comité d'instruction et de renvoi* formé de neuf membres, élus de la même manière, en même temps et dans les mêmes conditions, et possédant les mêmes titres que les juges.

7. L'oralité, la contradiction, la publicité des débats devant la Cour seraient assurées dans les conditions prévues par la *Déclaration universelle des droits de l'homme.*

Au cas où un complément d'instruction s'avérerait nécessaire, il y serait procédé par un membre de la Cour, ou, sur délégation de la Cour, par la Commission d'instruction.

8. Le droit applicable à la répression des *crimes de droit international* est constitué par le droit international, tel qu'il résulte du Statut de Londres (1945), notamment des définitions de l'article 6 (§§ a, b, c) et du projet de *Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité* rédigé par la *Commission du droit international,* en attendant la promulgation de ces Codes.

A l'égard des autres infractions, le droit applicable conformément au principe de légalité des délits et des peines est déterminé, à défaut d'une clause conventionnelle, par les règles ordinaires du droit pénal international. La préférence appartient, en principe, au Code pénal commun ou au Code pénal militaire de l'Etat sur le territoire duquel l'infraction est réputée avoir eu lieu.

9. Tout arrêt de la Cour serait motivé et lu, en audience publique, par le Président.

10. Nul individu jugé par la Cour criminelle internationale ne pourrait pour les mêmes faits être remis en jugement devant une juridiction nationale.

ANNEXE

A. Questionnaire
adressé aux membres de la Commission le 15 février 1951

L'institution d'une Cour pénale internationale permanente étant admise :

I. Comment se déterminera sa compétence ?

a) Est-elle appelée à connaître :

1° des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ?

2° des infractions de droit commun offrant un caractère international ?

b) Exercera-t-elle une fonction comme juge suprême du droit à l'égard des conflits de compétences ou des conflits de choses jugées, qui peuvent naître entre tribunaux de divers Etats ?

c) Aura-t-elle pour justiciables certaines personnes morales ou seulement des personnes physiques ?

II. Comment sera-t-elle organisée ?

a) Juridiction indépendante ou Chambre spécialisée de la Cour internationale de Justice ?

b) Unicité ou pluralité de juridictions ? Y a-t-il lieu de distinguer, d'une part, l'organisme appelé à statuer comme juge suprême du droit et à connaître, vis-à-vis des Gouvernants et des Etats eux-mêmes, des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité — d'autre part, un ou plusieurs tribunaux auxquels seront déférés, pour délits internationaux communs, les délinquants individuels ?

III. Quel sera son fonctionnement ?

a) Sa juridiction sera-t-elle obligatoire ou facultative pour les Etats ? Sous quelles modalités ?

b) Y a-t-il lieu de créer un ministère public international ? Autonome ou dépendant, sous certaines réserves, d'un Organe des Nations Unies, tel que le Conseil de Sécurité, le Conseil économique et social ?

c) Dans quelle mesure cette juridiction est-elle liée par le principe de légalité des délits et des peines ?

B. Réponses des membres de la Commission au Questionnaire du 15 février 1951

1. Réponse de A. Badawi Pacha

La Haye, le 9 juin 1951.

Le Questionnaire postule l'admission de l'institution d'une Cour pénale internationale permanente. Cette admission serait normalement la conséquence des réponses à donner aux diverses questions posées. Mais je suppose qu'en prenant pour point de départ le vœu émis à ce sujet par la Commission du droit international et la Résolution adoptée par l'Assemblée générale au cours de sa cinquième session (12/12/1950-489.V), le rapporteur ait voulu préciser les divers éléments du problème en le traitant dans son ensemble et d'une manière logique et rationnelle. Il ne faut, toutefois, pas perdre de vue les modalités concrètes suivant lesquelles ce problème a été envisagé dans le passé ou est envisagé dans les circonstances actuelles.

La majorité de la Commission qui a émis le vœu que la création d'une Cour pénale internationale était souhaitable et

possible n'entendait pas cette possibilité et surtout l'étendue de la compétence de la Cour de la même manière. Plus d'un des membres constituant cette majorité exprimait des tendances nettement restrictives. D'autre part, les Résolutions de l'Assemblée générale, tant 260B (III) que 489 (V), parlent d'«un organe judiciaire international chargé de juger les personnes accusées de crimes de génocide ou d'autres crimes qui seraient de la compétence de cet organe en vertu de conventions internationales ». On s'est demandé quels étaient les « autres crimes ». Evidemment, aucune réponse précise n'a pu être donnée à cette question ; ce sont les conventions à conclure à l'avenir qui fourniront cette réponse. On peut donc considérer que le projet que le Secrétaire général est chargé de préparer et le Comité qui sera composé de représentants de dix-sept Etats Membres pour l'examiner ne s'occuperont que du Statut de la Cour internationale dont il a été question dans la Convention sur le génocide.

Enfin, les divers projets sur ce problème de Cour pénale internationale n'accusent pas l'identité de vues ou d'orientation qu'on est tenté de supposer. Le Statut et le jugement de Nuremberg semblent avoir cristallisé, mis en vue et énoncé d'une manière bien définie les notions de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité. Même si ces notions pouvaient être considérées comme couvertes dans quelques projets d'avant 1945, par certaines formules générales relatives à la compétence de la Cour pénale internationale, elles n'avaient certainement pas le contour bien défini qu'on leur reconnaît depuis le Statut et le jugement de Nuremberg. Par contre, dans les interventions récentes du rapporteur, depuis son mémorandum présenté à la Commission pour le développement progressif du droit international et sa codification en 1947, et surtout dans son mémoire écrit de 1948 et les débats devant l'Institut (session de Bruxelles) une distinction bien nette est établie entre une Cour pénale

pour l'application du droit pénal interétatique et une ou plusieurs Cours pour l'application du droit international commun.

Dès lors, une question de méthode se pose. Faut-il procéder dans la voie tracée par l'Assemblée générale des Nations Unies et s'en tenir à l'examen de l'organisation de la Cour pénale internationale qui serait appelée à connaître du crime de génocide et des conditions dans lesquelles elle serait saisie ? Ou faut-il s'élever à une vue plus abstraite, plus rationnelle et plus scientifique du problème de la Cour pénale internationale pour embrasser toutes les possibilités où son existence pourra répondre à un besoin, même non senti actuellement ou immédiatement ?

Le Questionnaire semble se rattacher à la deuxième méthode. En répartissant les divers éléments du problème entre les diverses questions et subdivisions de questions, il peut donner l'impression contraire. En vérité, il invite à examiner le problème dans son ensemble et à se prononcer sur chacune des variantes possibles d'une Cour pénale internationale.

A mon avis, la méthode suivie par l'Assemblée générale devrait seule être suivie. Celle-ci s'est trouvée aux prises avec un problème concret qui appelle une solution immédiate — celui de la Cour pénale internationale qui connaîtrait du crime de génocide. Le problème n'est déjà pas très facile. Il a plus d'un aspect, celui des gouvernants dont le jugement ne saurait être envisagé par des tribunaux nationaux, et celui des exécutants [1].

Ma préférence se fonde sur deux raisons :

1. En s'engageant dans cette voie, l'Institut fait œuvre de concours utile à l'activité des Nations Unies, de nature à

[1] Le rapporteur lui-même semble le ranger tantôt dans les crimes contre l'humanité, réservés pour une Cour interétatique, et tantôt dans les crimes internationaux communs (*Annuaire de l'Institut*, 1948, p. 230).

augmenter les chances d'un accord général sur la solution de la question dont le Secrétaire général et le Comité spécial ont été chargés.

2. L'examen général et systématique d'une question suppose normalement qu'un bon nombre de cas particuliers rentrant dans cette question ont été explorés et que la question dans son ensemble a déjà atteint un degré de maturité justifiant le passage du particulier au général. Il faut notamment pour cette systématisation un besoin réel, une expérience concrète, des données suffisantes et surtout une possibilité immédiate.

J'estime que ces éléments font défaut en l'occurrence. Le Questionnaire semble pourtant aborder la question sous cet aspect général en énumérant les diverses fonctions et questions qui se rattachent à la juridiction internationale.

En soulignant la nécessité de procéder du particulier au général, on ne méconnaît pas la valeur ou l'importance des projets tendant à élaborer une justice pénale internationale de toutes pièces. La générosité de l'élan, l'élévation des sentiments qui sont à la base de ces projets sont incontestables. Mais il ne faut considérer ces projets que comme une sorte de « blueprints », suivant l'expression anglaise, du progrès humain dans ce domaine.

On ne saurait, en effet, oublier la longue évolution qui a été nécessaire pour arriver au stade actuel de la justice pénale nationale et que la justice pénale internationale aura à vaincre de considérables résistances ou difficultés tenant notamment à la conception que les Etats se font de leur souveraineté, à la possibilité de dissocier l'Etat de ses gouvernants, aux fortunes variables et aléatoires d'une guerre d'agression. Serait-il, par exemple, possible pour un Etat vaincu, de poursuivre l'Etat vainqueur d'avoir poursuivi une guerre d'agression, surtout lorsqu'il s'agit d'une guerre mondiale ?

Le développement de cette dernière raison m'amène à toucher aux diverses parties du Questionnaire.

Question I a)

1. En ce qui concerne les crimes contre la paix, le rapporteur, qui a fait partie du Tribunal de Nuremberg, semble être un peu impressionné par la critique contre ce Tribunal qu'il a été créé *(ex post facto)*. Pour avoir raison de cette critique, il désirerait voir constituer le plus tôt possible une Cour pénale internationale qui préexisterait à l'éventualité où on aurait besoin d'y recourir.

Il estime que la critique qu'il a été composé de vainqueurs ou celle tirée du principe de la légalité des crimes et des peines, ne sont pas aussi graves et sérieuses que celle qu'il a été créé postérieurement au fait qu'il devait juger. Il semble même envisager sans inquiétude et avec équanimité la possibilité à l'avenir d'une Cour pénale internationale jugeant des criminels de guerre sans un code pénal international dont l'élaboration exigerait de longs délais et composée exclusivement de vainqueurs, puisque la neutralité ne pourrait être qu'une simple notion juridique et que la participation de nationaux de l'Etat vaincu ne saurait améliorer l'administration de la justice.

Je ne saurais partager cette opinion. La légalité des crimes et des peines demeure un principe fondamental qu'aucune considération ne permettrait de minimiser ou de passer outre. L'exemple britannique qui, du reste, ne le méconnaît pas, n'est pas probant. Si ledit principe est une phase de codification en droit interne, c'est-à-dire dans une société soumise à une souveraineté unique, il devrait encore avoir plus de place dans une communauté composée de plusieurs souverainetés égales. Plusieurs des projets antérieurs à 1945 en faisaient une condition de l'institution d'une Cour pénale internationale (voir annexes). Le Tribunal de Nuremberg a cru devoir établir l'existence d'un

droit coutumier. Enfin, l'Assemblée générale consciente de la nécessité et de la primauté d'un code pénal a chargé la Commission du droit international de préparer un projet de code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, sans même penser à la création de la Cour qui jugerait ces crimes (Résolution 588 (V)).

En fait, l'existence antérieure ou postérieure d'une Cour pénale n'est d'aucune importance si ces crimes sont bien définis. On a dit qu'il est fort difficile de définir la guerre d'agression, mais quelque difficile qu'il puisse être, comment concevoir qu'une Cour judiciaire, et non une commission politique, puisse condamner de ce chef, sans incrimination précise conforme à une disposition préétablie. Il est possible que le Tribunal de Nuremberg ait eu à cet égard une tâche facile, mais pourrait-on croire qu'au milieu de tant d'actions politiques qualifiées de part et d'autre de provocations, la tâche sera toujours aussi facile qu'elle l'a été pour le Tribunal de Nuremberg et surtout dans des guerres mondiales.

D'autre part, la critique que ce dernier Tribunal fut exclusivement composé de vainqueurs ne manque pas de sérieux. Si c'est uniquement à cause de cette composition homogène et au caractère inconditionnel de la capitulation de l'ennemi que l'institution du Tribunal de Nuremberg fut possible, il n'en demeure pas moins, nonobstant l'incontestable valeur de son œuvre, que sa composition ne constitue pas un modèle ou une forme idéale de la justice internationale. La comparaison avec les tribunaux politiques, militaires, ou les tribunaux de dénazification, est à côté de la question, car ces tribunaux, qui ne sont que des expédients, ne sont pas non plus des modèles à copier.

Tout compte fait, on peut se demander si on ne doit pas en principe préférer une institution *post facto* du tribunal qui connaîtrait de crimes contre la paix. Les guerres, surtout

mondiales, déjouent toute prévision préalable et souvent rendent impraticable, pour des raisons qu'il ne serait pas difficile à comprendre, toute solution préconçue, surtout en matière d'organisation.

2. En ce qui concerne les crimes contre la sécurité de l'humanité et sans savoir exactement quels crimes seraient compris dans cette catégorie dans le code pénal à élaborer pour l'avenir, on peut noter que deux crimes ont été retenus comme formes notoires et particulièrement graves de ce crime.

Tels qu'ils ont été formulés par la Commission du droit international les principes du Statut et du jugement du Tribunal de Nuremberg définissent les crimes contre la sécurité de l'humanité dans les termes suivants :

(1) l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain contre toute population civile ;

(2) ou bien les persécutions pour des motifs raciaux ou religieux (génocide), lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes.

Ces incriminations constituent un mélange presque inextricable des crimes de paix, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. On a pu en détacher le génocide pour le constituer en infraction autonome et on peut se demander si à l'avenir on ne rattachera pas les crimes contre les populations civiles aux crimes de guerre.

Le problème en ce qui concerne les crimes contre la sécurité de l'humanité au point de vue de la compétence de la Cour pénale internationale ferait donc, pour ce qui est du crime de génocide, l'objet d'examen du Comité spécial créé par la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, n° 489 (V), et pour ce qui est des crimes contre les populations

civiles gagnerait à être examiné lors de la codification des lois et coutumes de la guerre et de la décision à prendre sur l'organisation uniforme des tribunaux militaires ou la création d'une juridiction internationale pour connaître des crimes de guerre.

3. En ce qui concerne les infractions de droit commun offrant un caractère international dans lesquelles on comprend généralement la piraterie, le trafic de stupéfiants, la traite des femmes, le faux monnayage, etc., et qui relèvent actuellement de législations et de juridictions nationales, je ne pense pas qu'un besoin réel se soit senti ou qu'une tendance de l'opinion publique générale se soit manifestée pour les transférer du plan national au plan international. Certes, l'idée théorique de déférer cette catégorie d'infractions à une juridiction internationale existe depuis un certain temps. D'autre part, certaines législations leur reconnaissent un caractère d'universalité, justifiant l'attribution d'une compétence de les juger à leurs tribunaux nationaux, nonobstant l'absence de tout critère de territorialité ou de personnalité.

J'estime par conséquent qu'on peut s'en tenir là, d'autant plus que les difficultés de l'organisation d'un système de poursuite et d'exécution de peines internationales seraient dans ce domaine plus grandes que pour d'autres infractions. La répression internationale pourrait, pour un certain temps encore, être avantageusement remplacée par une action internationale tendant à attirer l'attention des Etats sur l'accomplissement de leurs devoirs de solidarité et de coopération.

Question I b)

Cette question suppose une multiplicité de juridictions nationales auxquelles incomberait le devoir de connaître d'infractions ayant un caractère international. Ce serait le cas où le jugement des infractions de droit commun offrant un

caractère international serait du ressort de tribunaux nationaux — et non d'une juridiction internationale — mais où ces tribunaux appliqueraient une législation basée sur une convention internationale. Ce serait également le cas où des tribunaux militaires jugeant des infractions aux lois et coutumes de guerre appliqueraient une législation uniforme.

Ces cas ne sont pas encore un phénomène commun de la vie internationale et ne semblent pas le devenir de sitôt. Un des rares exemples de ces cas, est le cas de terrorisme (Convention de 1937) dont la Convention a été signée par vingt-trois Etats mais n'a été ratifiée par aucun (la Convention relative à l'institution d'une juridiction internationale pour connaître de cette infraction a été signée par treize Etats sans qu'aucun l'ait ratifiée).

Or, à moins d'être des cas isolés et rares ne devant pas retenir l'attention, les conflits de compétence ou les conflits de chose jugée, qu'on voudrait faire régler par une Cour internationale, impliqueraient nécessairement une vie active et grouillante des tribunaux nationaux, en matière d'infractions à caractère international. Pour introduire un facteur d'organisation dans cette vie, il faut qu'elle devienne une réalité. C'est l'expérience tirée de cette vie qui devrait inspirer les modalités concrètes de l'organisation et la compétence d'une Cour internationale. Dût-on même passer par une période chaotique où ces conflits demeureraient sans règlement, il est préférable de ne rien anticiper dans ce domaine d'action internationale où la prudence serait de rigueur et où surtout la revision ou la modification à la lumière de l'expérience d'une organisation mal conçue serait plus difficile, laborieuse et lente que son établissement initial.

Mais est-ce bien sûr que le système international actuel n'assure aucun moyen pour régler ces conflits ? Dans les Conventions de 1937 sur le terrorisme (article 20) et sur la Cour pénale internationale (article 48), de même que dans celle sur le

génocide (article 9) existent des dispositions confiant le règlement de différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention (celle sur le génocide ajoute l'exécution) à la Cour internationale de Justice.

Les conflits de compétences ou des choses jugées ne seraient-ils pas le plus souvent des différends relatifs à l'application de la convention dans les rapports des Etats qui y sont parties ? Ne risque-t-on pas, en envisageant une Cour pénale internationale qui serait une sorte de Cour de cassation pour les juridictions nationales appliquant des législations basées sur des conventions internationales contenant des dispositions du genre signalé plus haut, ne risque-t-on pas de créer des conflits entre cette Cour et la Cour internationale de Justice ?

Question I c)

Cette question, dans la mesure où elle soulève la responsabilité pénale des Etats, abstraction faite de la nature de l'infraction qui pourrait leur être imputée, devrait recevoir une réponse négative. Il est nécessaire de ne pas confondre les responsabilités pénales de personnes morales en droit interne et celle des Etats en droit international. Les premières se trouvent sur le même plan que les personnes physiques et s'en distinguent simplement par le fait qu'elles ne peuvent être soumises à des peines corporelles. En droit international, les Etats occupent une situation à part. Ils sont les seuls sujets de droits et devoirs. Les Gouvernants sont leurs organes et ne constituent pas des entités juridiques distinctes parallèles ou comparables à eux. D'ailleurs ce qu'on conçoit comme mesures de sûreté et qu'on qualifie de peines destinées à correspondre à la responsabilité pénale des Etats ne sont, en vérité, que des sanctions politiques qu'un vainqueur imposerait à un vaincu. Ces sanctions traduisent et reflètent l'issue d'une guerre, atteignent l'Etat dans son activité politique ou économique. Elles ne constituent pas une

flétrissure de la nation elle-même. En fait, je ne vois pas l'avantage qu'on gagnerait à faire prononcer ces sanctions par un tribunal à la suite d'un examen judiciaire, au lieu de les faire décréter par un vainqueur dans un traité de paix. Auraient-elles plus d'autorité ou imposeraient-elles plus de respect ? L'examen judiciaire ne risque-t-il pas d'énerver l'application de ces sanctions et d'y introduire des discussions interminables sur les responsabilités respectives du vainqueur et du vaincu et sur des circonstances atténuantes ?

* * *

Pour toutes ces raisons, j'estime que les diverses compétences auxquelles se réfère la Question I peuvent être considérées comme des perspectives d'avenir qu'on ne devrait pas perdre de vue, mais qu'elles ne comportent pas une étude immédiate aux fins de réalisation faute de données et de l'expérience nécessaires.

La seule question qui ait la maturité et l'opportunité nécessaire pour une entreprise d'étude de ce genre, est celle de la juridiction qui serait appelée à connaître de l'infraction de génocide. Elle est, du reste, susceptible d'ouvrir des horizons nouveaux et de permettre l'exploration de certains problèmes suggérés par le Statut et le jugement de Nuremberg.

En effet, la compétence que la Convention sur le génocide reconnaît à la Cour criminelle internationale semble être exclusivement facultative. La compétence principale demeure celle des tribunaux nationaux (article 6). Il est toutefois à prévoir qu'en examinant la répression adéquate du génocide, le Comité chargé d'examiner le projet relatif à la Cour ne manquerait pas de constater que cette répression par les tribunaux nationaux ne saurait avoir l'efficacité désirable en ce qui concerne les gouvernants. Il sera donc amené à examiner la

possibilité d'établir une compétence exclusive et obligatoire en faveur de la Cour criminelle et de délimiter les cas de cette compétence, à moins d'envisager, indépendamment de toute répression pénale, l'adoption d'un système analogue à celui établi par la « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » signée à Rome le 4 novembre 1950.

Il aura, d'autre part, à examiner les responsabilités respectives des gouvernants et des exécutants, aux fins de déterminer dans quels cas les poursuites contre eux seraient séparées ou conjointes, et à préciser la notion de complicité dans cette matière.

Question II a)

Comme suite à la Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, 260 B III, cette question a fait l'objet de l'examen de la Commission du droit international, qui a décidé « de déclarer qu'elle avait accordé son attention à la possibilité de créer une Chambre criminelle de la Cour internationale de Justice, mais bien que cela soit possible en amendant le Statut de la Cour, la Commission ne le recommande pas ». Certains membres avaient contre la création de cette Chambre des objections d'ordre pratique, d'autres des raisons de principe.

D'autre part, la nature des fonctions et la base de la sélection des juges des deux juridictions étant entièrement différentes, on peut se demander quel peut être l'intérêt de rattacher la Cour criminelle à la Cour internationale de Justice. L'adoption de La Haye comme siège de la Cour criminelle ou l'utilisation du Greffe de la Cour internationale de Justice pour assurer les services du Greffe de cette dernière, serait toujours possible sans ce rattachement. La Convention de 1937 pour la création d'une Cour pénale internationale (articles 4 et 16) en fournit l'exemple. La considération pratique que les deux aspects, pénal

et civil, d'une infraction peuvent en même temps être décidés par la même Cour, valable pour une juridiction nationale dont les mêmes membres connaîtraient à la fois de l'un et l'autre des deux aspects, ne l'est pas lorsqu'il s'agit d'une affaire pénale internationale.

Question II b)

La réponse à la Question I rend celle-ci sans objet.

Il y a lieu, toutefois, de noter que la Convention de 1939 a créé une Cour pénale internationale pour le crime de terrorisme, que le Comité spécial institué par la Résolution de l'Assemblée générale, 489.V, peut proposer une autre pour le crime de génocide, et qu'enfin des conventions internationales peuvent établir d'autres législations et juridictions internationales.

C'est peut-être alors qu'apparaîtra l'inutilité de la multiplicité de ces juridictions internationales et que se dessinera un mouvement pour leur unification, à moins qu'on se contente, dès le début (c'est-à-dire pour le génocide) de renvoyer à la Convention de 1937 pour confier à la Cour créée par ladite Convention, la connaissance des infractions toutes les fois qu'une convention internationale adopte une nouvelle incrimination.

Question III

a) Il est évidemment prématuré d'examiner le caractère obligatoire ou facultatif d'une juridiction avant d'en avoir établi la nécessité ou la possibilité. Du reste, pour certaines juridictions, une compétence facultative serait en contradiction avec leurs fonctions. Sans données précises sur l'opportunité effective d'une juridiction, toute discussion sur le caractère de sa compétence serait donc une pure spéculation théorique. Ce sont

ces données qui déterminent l'orientation de l'examen de la question et contribuent à en fixer les modalités.

b) La réponse à cette question dépend des données concrètes, relatives à la nature de l'infraction et au caractère de la juridiction. D'une manière générale, il est extrêmement difficile de fixer *a priori* des autorités ou des organes *permanents* qui seraient préposés à une activité de poursuite ou d'instruction essentiellement *accidentelle* ou *contingente* et très variable. Pour ces tâches, il faut un minimum de représentation concrète des conditions dans lesquelles une infraction déterminée serait commise et devrait être poursuivie.

c) La réponse à la Question I suffit pour répondre à celle-ci. J'estime qu'on ne devrait pas minimiser ou mettre en doute l'importance du principe de légalité des crimes et des peines. Ce principe repose, non sur de simples considérations d'organisation, de convenance ou d'opportunité, mais sur des bases fondamentales de morale et de justice. L'annexe jointe à cette note reproduisant les dispositions des projets antérieurs à 1945 montre suffisamment la conviction des auteurs des projets sur ce point.

A. Badawi Pacha

Annexe à la réponse de A. Badawi Pacha

En dehors de l'article 227 du Traité de Versailles (offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités) et des propositions du Comité de Juristes de 1920 (crime contre l'ordre public international et le droit des gens universel) conçus en des termes vagues et généraux, la compé-

tence de la Cour pénale internationale dans les projets suivants a été déterminée dans les termes suivants :

1. — *Projet de l'Association de Droit international, 1926*

ARTICLE 21. — *Compétence.*

La compétence de la Cour s'étend à toute accusation de :

a) Violations d'obligations internationales, ayant un caractère pénal, commises par les sujets ou citoyens d'un Etat, ou par un heimatlos, contre un autre Etat, ou ses sujets, ou ses citoyens.

b) Violations de tout traité, convention ou déclaration liant les Etats parties à la Convention (lieu) datée le ..... 192.., qui règle les méthodes et la conduite des hostilités.

c) Violations des lois et coutumes de guerre généralement acceptées et reconnues obligatoires par les nations civilisées.

Sous réserve de la compétence ordinaire de la Cour, ainsi qu'elle est définie plus haut, la Cour est compétente pour juger toutes affaires ayant un caractère pénal, qui lui seraient déférées par le Conseil ou l'Assemblée de la Société des Nations, pour être jugées ou pour être l'objet d'une enquête, et pour présenter un rapport à leur propos. En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide.

ARTICLE 23. — *Droit applicable.*

La Cour applique :

1. Les traités, conventions et déclarations internationaux, soit généraux, soit spéciaux, reconnus par les Etats en litige ;

2. La coutume internationale comme preuve d'une coutume générale acceptée ayant force d'une loi ;

3. Les principes généraux de droit public ou international reconnus par les nations civilisées ;

4. Les décisions judiciaires comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit.

En outre, la doctrine des publicistes les plus qualifiés peut être citée.

Pourvu qu'aucun acte ne puisse être jugé comme infraction à moins qu'un acte pareil ne soit reconnu comme infraction par le Statut de la

Cour ou par la loi interne de l'accusé ou, dans le cas d'un heimatlos, par la loi du lieu de sa résidence au moment de la perpétration du crime, ou, à défaut de résidence, par la loi de l'Etat où le crime aura été commis.

2. — *Projet de l'Union Interparlementaire, 1925*

ANNEXE A LA RÉSOLUTION III. — *Principes fondamentaux d'un code répressif des nations.*

. . . . . .

4. Toutes les infractions commises par des Etats ou des individus doivent être prévues et sanctionnées d'avance par des textes précis. Le principe *nulla poena sine lege* doit être à la base de la répression internationale.

. . . . . .

9. La partie spéciale de l'avant-projet du code répressif des nations doit prévoir tous les faits positifs ou négatifs considérés comme nuisibles à l'ordre public international.

Il y a lieu ainsi de punir les infractions suivantes :

A. Infractions commises par les Etats :

a) Le crime international de la guerre agressive ;

b) La violation des zones démilitarisées ;

c) L'inexécution de l'obligation de porter les conflits graves devant la Cour permanente de Justice internationale dans les cas où la compétence de cette Cour serait obligatoire ;

d) Les mobilisations militaires, navales et aériennes, industrielles et économiques dans le cas d'apparition d'un conflit ;

e) Le fait, de la part d'un Etat, de permettre la préparation ou de préparer sur son propre territoire des attentats contre la sécurité intérieure d'un autre Etat ou de favoriser les bandes de malfaiteurs qui effectuent des incursions sur les territoires des autres Etats ;

f) L'immixtion d'un Etat dans les luttes politiques intérieures d'un autre Etat par des subventions ou des appuis de tous genres accordés à certains partis politiques ;

g) La simple menace injustifiée d'une guerre agressive, procédé représenté dans le passé par le système des ultimatums ;

h) Le recrutement des troupes et l'armement qui dépassent le nombre ou la quantité fixés par les conventions ou les traités ;

i) Les manœuvres ou les mobilisations effectuées dans un but de démonstration ou de préparation de la guerre ;

j) La violation de l'immunité diplomatique des représentants étrangers ;

k) La falsification des monnaies, des billets de banque et toutes autres actions déloyales commises ou tolérées par un Etat dans le but de porter atteinte au crédit d'un autre Etat.

B. Infractions commises par des individus :

a) Le fait pour un souverain de déclarer une guerre agressive ;

b) Le fait pour un agent diplomatique d'abuser des privilèges qui lui sont accordés pour commettre des actions en contradiction flagrante avec les principes fondamentaux de l'ordre public international ou constituant des actes de préparation d'une guerre agressive ;

c) Les délits militaires internationaux, ainsi que tous autres faits commis en temps de guerre qui sont contraires aux coutumes et aux règles du droit des gens ;

d) Les délits de droit commun commis par les armées étrangères dans les territoires occupés (massacres, pillages, viols, vols, etc.) ;

e) La propagation de fausses nouvelles pouvant compromettre la paix.

10. La Cour permanente de Justice internationale doit être compétente pour statuer sur tous les crimes et les délits internationaux.

3. — *Vœu du Congrès international de droit pénal (Bruxelles 1926)*

Le Congrès émet le vœu :

1° Qu'il soit attribué à la Cour permanente de Justice internationale une compétence en matière répressive ;

2° Que cette Cour soit consultée sur le règlement des conflits de compétence judiciaire ou législative qui peuvent surgir entre les différents Etats, ainsi que sur la revision des condamnations passées en force de chose jugée et inconciliables, prononcées à raison d'un même crime ou délit par des juridictions ressortissant d'Etats différents ;

3° Que ladite Cour permanente connaisse de toute responsabilité pénale, née à la charge des Etats à la suite d'une agression injuste et de toute violation de la loi internationale. Elle prononcera contre l'Etat coupable des sanctions pénales et des mesures de sûreté ;

4° Que ladite Cour permanente connaisse en outre des responsabilités individuelles que peuvent mettre en jeu le crime d'agression, les crimes

ou délits connexes, ainsi que toute violation de la loi internationale commise en temps de paix ou en temps de guerre ; et spécialement les crimes de droit commun qui, à raison de la nationalité de la victime ou des auteurs présumés, peuvent être considérés, par eux-mêmes ou par d'autres Etats, comme des offenses internationales et constituent une menace pour la paix du monde ;

5° Que relèvent également de ladite Cour permanente les individus, auteurs de crimes ou de délits, qui ne peuvent être déférés à la juridiction d'un Etat particulier, soit que l'on ignore le territoire où le crime ou délit a été commis, soit que la souveraineté de ce territoire soit contestée ;

6° Toutes les infractions commises par des Etats ou des individus doivent être prévues et sanctionnées d'avance par des textes précis. Des conventions internationales définiront les crimes et délits rentrant dans la compétence de la Cour, fixeront les sanctions pénales et les mesures de sûreté.

4. — *Projet de proposition Pella, adopté par l'Association internationale de Droit pénal en 1928, revisé en 1946*

ARTICLE 35.

La Chambre criminelle est compétente pour juger tout Etat ou ses ressortissants, à la condition que cet Etat ait déclaré accepter la juridiction, dans les termes et les conditions fixés par le présent Statut.

Les infractions de la compétence de la Chambre criminelle seront établies soit par un statut pénal international, soit par voie d'accords particuliers conclus entre certains Etats, auxquels d'autres Etats pourront adhérer.

Le statut pénal international ainsi que les accords particuliers, excepté dans les cas indiqués à l'article 36, lettres *a)* et *b)*, détermineront avec précision les éléments des infractions déférées à la Chambre criminelle, ainsi que les peines et les mesures de sûreté.

ARTICLE 36.

Indépendamment des infractions commises par les Etats et des infractions internationales perpétrées par les individus et qui, par leur nature, ne peuvent être ni incriminées, ni punies par les codes répressifs nationaux, la Chambre criminelle connaîtra des infractions commises par les personnes physiques et à la répression desquelles les Etats ont renoncé, par voie de conventions, notamment des infractions suivantes :

a) Crimes et délits commis en temps de paix et susceptibles de troubler les relations pacifiques entre les Etats, ou qui, à raison des circonstances

dans lesquelles ils ont été commis, doivent être soustraits aux juridictions répressives nationales, afin que leur répression puisse être objective et effective ;

b) Crimes et délits à l'occasion d'un conflit armé international, et notamment infractions militaires internationales et infractions de droit commun, commises par les militaires dans les territoires occupés.

ARTICLE 38.

« La juridiction répressive internationale sera également consultée sur le règlement des conflits de compétence, judiciaire ou législative, qui peuvent surgir entre les différents Etats, ainsi que sur la revision des condamnations passées en force de choses jugées et inconciliables, prononcées à raison d'un même crime ou délit par les juridictions ressortissant d'Etats différents.

5. — *Convention pour la création d'une Cour pénale internationale pour le crime de Terrorisme, 1937*

ARTICLE 2.

1. Dans les cas visés par les articles 2, 3, 9 et 10 de la Convention pour la prévention et la répression du terrorisme, toute Haute Partie contractante à la présente Convention a la faculté, au lieu de faire juger par ses propres juridictions, de déférer l'accusé à la Cour.

2. Elle a en outre la faculté, dans les cas où elle peut accorder l'extradition, conformément à l'article 8 de ladite Convention, de déférer l'accusé à la Cour, si l'Etat qui demande l'extradition est également partie à la présente Convention.

3. Les Hautes Parties contractantes reconnaissent qu'en faisant usage de la faculté prévue par le présent article, les autres Parties contractantes se conforment à leur égard aux prescriptions de la Convention pour la prévention et la répression du terrorisme.

6. — *Projet de Convention de l'Assemblée internationale de Londres, 1943*

ARTICLE 2. — *Crimes de guerre.*

1. On entend par crimes de guerre tous crimes graves commis en temps de guerre ou lors des préparatifs de la conduite ou de la poursuite d'une guerre, ou perpétrés en vue d'empêcher le rétablissement de la paix, en violation des principes généraux du droit pénal reconnus par les nations civilisées.

2. Les crimes de guerre peuvent être perpétrés soit par action directe, soit en participant au crime, c'est-à-dire en aidant, encourageant ou incitant des tiers à le commettre ou en conspirant à cette fin, ou en donnant l'ordre de commettre le crime.

3. Peuvent se rendre coupables de crimes de guerre, comme auteurs principaux ou comme complices, tous individus, quel que soit leur rang ou leur position, y compris les chefs d'Etat.

ARTICLE 3. — *Compétence.*

1. En principe, aucune affaire ne sera déférée à la Cour lorsqu'une juridiction nationale de l'une quelconque des Nations Unies est compétente pour juger l'accusé, et lorsqu'elle est en mesure d'exercer cette compétence et disposée à le faire.

2. Les accusés que les juridictions nationales de deux ou plusieurs Nations Unies sont compétentes pour juger peuvent toutefois, si les Hautes Parties contractantes intéressées en conviennent ainsi, être traduits devant la Cour.

3. A condition que la Cour y consente, tout crime tel que ceux définis à l'article 2 peut être porté devant la Cour criminelle internationale soit en application de la législation nationale de l'Etat intéressé, soit du consentement mutuel des Hautes Parties contractantes intéressées à l'affaire.

ARTICLE 27.

1. En attendant l'adoption d'une convention qui fixe les grands principes du droit pénal international, qui définisse les crimes et qui édicte les sanctions, la Cour applique :

a) La coutume internationale, comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant de droit ;

b) Les conventions, déclarations et traités internationaux, soit généraux, reconnus par les Hautes Parties contractantes ;

c) Les principes généraux de droit pénal reconnus par les Nations Unies ;

d) Les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes hautement qualifiés, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

2. Aucun acte ne peut être retenu comme crime aux fins de jugement, s'il n'est qualifié tel, soit par la loi du pays de l'accusé, soit par la loi de son lieu de résidence au moment où l'acte a été commis, soit encore

par la loi du lieu où l'acte a été perpétré, à condition, dans chaque cas, que cette loi soit conforme aux principes généraux de droit pénal reconnus par les Nations Unies.

3. La sanction, en attendant la conclusion d'une convention sur le droit pénal international, est laissée à la discrétion de la Cour. En prononçant la peine, la Cour tient toutefois compte du droit du territoire sur lequel l'infraction a été commise, de la législation nationale de l'accusé et du droit du pays où le crime a été perpétré, mais la Cour n'est tenue par aucune de ces règles de droit.

7. — *Projet de Convention de la Commission pour les crimes de guerre, 1944*

ARTICLE PREMIER.

1. Il est créé un Tribunal des Nations Unies pour les crimes de guerre, qui jugera et punira les personnes accusées d'avoir commis une infraction aux lois et coutumes de la guerre.

2. Ce Tribunal a compétence pour juger et punir quiconque, quel que soit son rang ou sa position, a commis ou tenté de commettre, donné à des tiers l'ordre de commettre ou poussé, aidé, encouragé ou incité des tiers à commettre une infraction aux lois et coutumes de la guerre, ou encore, par manquement à un devoir lui incombant, s'est lui-même rendu coupable d'une telle infraction.

3. La compétence du Tribunal ainsi définie s'étend aux infractions commises par les membres des forces armées, par les autorités civiles ou par quiconque, agissant sous le couvert de l'autorité ou en invoquant ou alléguant l'autorité d'un Etat ou d'une autre entité politique qui est en état de guerre ou d'hostilités armées avec l'une quelconque des Hautes Parties contractantes ou qui occupe en ennemi le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, ou encore agissant de concert avec un tel Etat ou une telle entité politique.

ARTICLE 18.

Le Tribunal appliquera :

a) Les conventions et traités internationaux généraux déclaratoires des lois de la guerre, et les conventions et traités particuliers édictant les lois de la guerre entre leurs signataires ;

b) Les coutumes internationales de la Guerre, comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;

c) Les principes du droit des gens découlant des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ;

d) Les principes du droit pénal généralement reconnus par les nations civilisées ;

e) Les décisions judiciaires comme moyen auxiliaire de détermination des règles du droit de la guerre.

2. Observations by Mr. George A. Finch

Washington, September 1, 1951.

My dear colleague :

I have not previously answered your questionnaire sent me in your capacity of Rapporteur of the Twentieth Commission of the Institute of International Law because I am not convinced of the practicability of establishing a Permanent International Penal Court for the trial of persons accused of international crimes in time of peace. In my opinion the Nuremburg Tribunal is not a good precedent. It was a *Military Tribunal* set up in time of *war* when the Governments responsible for its creation had actual custody of the accused persons. All of the offenses of which the defendants were charged and convicted could have been properly sustained and punished under the accepted laws and customs of war. The value of the Nuremburg precedent in international law, in my opinion, goes no farther.

The proposal to establish a Permanent International Penal Tribunal for the trial of individuals in peace time involves an entirely different set of principles. Crimes against humanity and peace are already punishable by national courts according to the general principles of law recognized by civilized nations.

The nation which declines or omits to do so is in fact a particeps criminis. If it refuses to punish such criminals itself, it cannot be expected to turn them over to some other jurisdiction for punishment. Should, due to special circumstances, an International Criminal Court get custody of the culprits, their punishment would not be likely to produce any appreciable salutary effect upon the guilty government bent upon such a policy.

I would rather devote whatever talents we have and our energies to the establishment of a Permanent International Tribunal in which the guilty governments themselves would be charged with these violations of international law. I fully realize that the accused governments would probably ignore the International Court, but the tribunal in that case should be vested with power to pronounce judgment *ex parte*, and submit the justice of its judgment to the bar of the public opinion of the world. In the final analysis world public opinion is the ultimate sanction of all law, national as well as international. Present and recent attempts to submit unlawful actions backed by governments to the vicissitudes of international political bodies have demonstrated the futility of that recourse.

I hope to be able to attend the meeting of the Institute in 1952 where I shall have the pleasure of meeting you personally as well as my other friends in the Institute.

With my very best wishes, I am,

Sincerely yours,

G. A. Finch

3. Observations de M. Gerald-Gray Fitzmaurice

London, le 30 mai 1951.

Cher et honoré Confrère,

Je vous dois d'abord mes excuses de ne pas avoir répondu à votre lettre du 15 février. Outre certains obstacles matériels causés par un surcroît de travail au mois de mars, suivi par une absence à La Haye et à Washington pendant la plupart du mois d'avril, j'étais dans cette difficulté, que je ne pouvais pas répondre à votre Questionnaire *comme tel.* Ce Questionnaire est rédigé en termes qui présupposent qu'on soit fondamentalement d'accord avec le projet d'une Cour pénale internationale, tandis que, il faut vous l'avouer, je ressens personnellement là-dessus les plus grands doutes de principe. Je vous dirai pourquoi.

Dans le sens juridique du terme, les crimes, les délits de caractère pénal, ne peuvent être commis que par les particuliers — du moins c'est le cas avec tout crime sérieux : par exemple, le meurtre ne se commet pas, dans le droit privé, par les personnes juridiques. Dans le sens populaire du mot, on peut sans doute dire qu'un Etat ou un Gouvernement a commis un crime, mais c'est une façon de parler. Ou bien il s'agit simplement d'un acte choquant à la conscience internationale, mais ne comportant pas une infraction actuelle du droit — ou bien il s'agit de quelque chose qui est non seulement odieux en soi, mais aussi contraire à une règle de droit international ou à un traité — et bien entendu, le droit international, et les conventions, peuvent progressivement reconnaître comme ayant qualité de violations de règles de droit, des actes qui, jadis, ne l'avaient pas.

Il s'ensuit que, pour les cas où le prétendu crime serait commis par un Etat ou un Gouvernement, il n'y a pas de

nécessité — il n'y a même pas de place — pour une Cour pénale internationale. S'il s'agit d'un acte odieux, mais non pas illégal, aucune Cour ne serait compétente. S'il s'agit d'un acte de genre « crime » qui comporte une infraction de droit ou d'un traité, alors la Cour internationale de Justice est déjà compétente ou pourrait l'être ainsi que tout autre tribunal statuant en matière de droit international.

Il reste donc les crimes internationaux qui seraient commis par les particuliers dont il y a deux classes : les personnes privées et les *gouvernants*. Par « gouvernants » j'entends tous ceux autorisés à agir au nom de l'Etat et dont les actes entraîneraient sa responsabilité tels que les chefs d'Etat, les ministres et autres membres du Gouvernement, les hauts fonctionnaires, les chefs des services militaires, navals et aériens, etc., bref les agents du Gouvernement.

A mon avis (qui s'écarte de celui que vous exprimez dans les trois premières lignes du II, p. 4, de votre Mémoire), les cas de crimes internationaux commis par *les personnes privées* sont extrêmement rares, exception faite des simples crimes de guerre pour lesquels suffisent très bien les tribunaux ordinaires militaires — ou, selon le cas, les tribunaux spéciaux qu'on instituerait *ad hoc*. Pas besoin de créer une Cour pénale permanente pour cela.

Restent les crimes de la part des gouvernants. Mais là, exception faite des cas très rares où un gouvernant agirait d'une manière tout à fait inautorisée, son acte est nécessairement l'acte de son Etat ou de son Gouvernement, entraînant la responsabilité internationale de ce dernier : ainsi, on ne fait ici que rentrer dans le cadre d'un « crime » commis par un Etat ou un Gouvernement, et on se retrouve devant une infraction du droit commun ou conventionnel international de la part de l'Etat, qui serait justiciable devant la Cour internationale de Justice ou autre tribunal statuant dans la matière.

Pour ces raisons, j'avoue franchement que je ne vois pas quel rôle utile jouerait une Cour pénale permanente — ou du moins, quel rôle valant la peine assez considérable de sa création. Je crains aussi qu'une telle Cour ne se heurte à de fortes difficultés pratiques. Comment, par exemple, envisagez-vous que les accusés soient amenés devant la Cour ? Exception faite du cas spécial des crimes de guerre, ceux-ci seraient presque toujours des gouvernants ou des agents du Gouvernement. Mais croyez-vous qu'un Gouvernement soit disposé à livrer à une Cour pénale internationale un de ses agents qui aurait simplement accompli les ordres qu'on lui aurait donnés, ou qui aurait exécuté la politique de l'Etat ? Pour ma part, je ne le crois pas. Et comment, le cas échéant, procurer la présence devant la Cour du chef d'Etat, du premier ministre, du ministre des Affaires étrangères, et d'autres qui seraient responsables de la politique de l'Etat ? A mon avis, attendre la coopération de l'Etat dans ces cas-là, ce serait manquer de réalisme. C'est seulement dans des conditions analogues à ceux de Nuremberg (occupation militaire d'un pays ennemi) qu'on pourrait faire paraître devant la Cour les chefs d'Etat, ministres, etc. En temps de paix, la coopération de l'Etat manquerait, presque à coup sûr, et, sans cette coopération, la juridiction de la Cour serait impossible à faire observer. Il se peut que le Gouvernement y soit disposé dans le cas ou l'agent aurait agi d'une manière non autorisée, en commettant un crime international, mais ces cas sont exceptionnels.

Je m'attendrais aussi à voir la Cour se heurter à de grandes difficultés quant à sa procédure, l'exécution de ses sentences et sur d'autres aspects pratiques. Mais je n'entrerai pas là-dedans puisque, comme vous le voyez, mes doutes portent sur le principe même du projet dans ses grandes lignes.

Je suis désolé, mon cher Confrère, de vous donner une réponse si peu encourageante, mais peut-être trouverez-vous

moyen de me convaincre qu'une telle Cour vaudrait quand même la peine, et pourrait fonctionner d'une manière efficace.

Veuillez agréer, cher et honoré Confrère, l'expression de mes sentiments dévoués.

G. G. Fitzmaurice

4. Réponse de M. J. P. A. François

Genève, le 26 mai 1951.

I. *a)*

1° Oui.

2° Oui.

b) Oui.

c) En premier lieu, les personnes physiques, agissant soit comme gouvernants, soit à titre privé. Une responsabilité pénale de l'Etat ne paraît toutefois pas exclue.

II. *a)* Juridiction indépendante.

Une chambre spéciale de la Cour internationale de Justice se heurterait à plusieurs objections :

1° Toute juridiction internationale criminelle doit nécessairement être mêlée sérieusement aux controverses politiques, ce qui entraînerait un recours moins fréquent à la Cour dans le domaine des autres différends.

2° Une Chambre spéciale de la Cour ne suffirait pas à représenter les principaux systèmes juridiques.

3° Il faudra des spécialistes non seulement du droit des gens, mais également du droit pénal.

Il ne serait d'ailleurs pas nécessaire d'instituer dès le commencement une Cour siégeant en permanence, comme la Cour internationale de Justice. On pourrait commencer d'une manière plus modeste, comme on l'a fait en créant la Cour permanente de Justice internationale. Il offrirait de grands avantages si l'on faisait profiter la nouvelle Cour du Greffe de la Cour internationale de Justice, ainsi que de ses localités et de sa documentation.

Si l'institution d'une Cour pénale mondiale ne s'avérait pas encore possible, on pourrait envisager la possibilité de faire un commencement avec la création d'une ou plusieurs Cours « régionales ».

b) Pluralité de juridictions, comme proposée dans le rapport.

III. *a)* Obligatoire en ce qui concerne les gouvernants, facultative quant aux personnes privées, dans le sens indiqué dans la partie II du rapport.

b) Non. La création d'un ministère public se heurterait à des objections insurmontables.

Elle n'est d'ailleurs pas nécessaire ; même dans les cas où il s'agirait de la responsabilité des gouvernants, l'Etat ou les Etats demandeurs auraient à fournir les éléments de preuve.

c) La juridiction serait liée par le principe *nulla poena sine praevia lege penale* dans la mesure où cette règle a été reconnue par le Tribunal international militaire de Nuremberg.

J. P. A. François

5. Réponse de M. Gilbert Gidel

Paris, 1er juillet 1951.

Cher et honoré Confrère,

Je m'excuse de vous faire connaître beaucoup plus tard que je ne l'aurais souhaité ma manière de voir sur la question dont vous êtes le rapporteur : l'organisation d'une juridiction pénale internationale. Je dois même avouer, pour être complètement franc, que, retenu par d'autres soins qui ont pris une grande partie de mon temps, j'eusse volontiers ajourné beaucoup plus longtemps encore ma réponse. Vous avez apporté une si bienveillante insistance à presser ma réponse que je ne puis la différer plus longtemps. En tout cas, je suis assuré que vous ne pourrez pas me savoir mauvais gré si mes vues ne concordent pas exactement avec les vôtres.

Je crois pouvoir penser que le document contenant l'expression de votre manière de voir est le rapport que vous avez établi pour la session de Bruxelles 1948 et qui comporte huit pages. Je me suis reporté également à notre *Annuaire*, t. 42, pages 222 à 238 où vous avez développé oralement le « Projet d'institution d'une Cour pénale internationale ». Enfin, j'ai consulté aussi la proposition visant à la création d'une juridiction criminelle internationale que vous avez présentée aux organismes compétents de l'ONU sous la forme d'un Memorandum du 15 mai 1947 (Doc.A/AC.10/21, 15 mai 1947).

Si je vous ai bien compris, vous estimez qu'il y aurait lieu de créer deux sortes de juridictions : 1° une « juridiction supérieure qualifiée à l'égard des questions de droit et des responsabilités *gouvernementales* » ; 2° « une ou plusieurs juridictions appelées à sanctionner les responsabilités *individuelles*, nées des infractions offrant un caractère international ».

Considérons d'abord votre juridiction dite « supérieure ». Vous seriez d'avis que la meilleure solution consisterait à procéder par constitution d'une Chambre nouvelle dans la Cour internationale de Justice : ce serait sa « Chambre criminelle ». Mais, comme cette solution se heurterait à la nécessité de reviser la Charte des Nations Unies (art. 7 de la Charte, art. 34 du Statut de la Cour), vous déclarez borner votre examen à la constitution d'une Cour pénale internationale qui jouerait ce rôle de juridiction supérieure. Elle paraît devoir être (page 5) composée de plusieurs sections ayant, au minimum, 5 juges titulaires et 5 juges suppléants.

A cette juridiction supérieure vous assignez deux attributions : *a)* être juge du droit ; *b)* connaître des responsabilités pénales à la charge des gouvernements. Vous dites que, à ce point de vue, vous considérez cette nouvelle juridiction comme succédant au Tribunal international des grands criminels de guerre.

Au-dessous de cette juridiction supérieure, vous envisagez une ou plusieurs juridictions à qui serait attribuée la « connaissance des délits commis par des personnes privées ». Il semble que vous admettiez d'ailleurs qu'il y aura nécessairement plusieurs de ces juridictions puisque vous envisagez la répartition des affaires entre elles, soit sur la base du territoire, c'est-à-dire si je vous comprends bien, sur la base du lieu de commission, soit sur la base de la spécialisation de chacune de ces juridictions à une catégorie donnée d'infractions. Ces diverses juridictions seront organisées sur un type uniforme, pour lequel, si je vous ai bien compris, la Cour pénale internationale de 1937 pour la répression du terrorisme servirait de modèle. Les juges en seraient désignés par la juridiction supérieure.

Ces juridictions auraient une compétence de caractère facultatif, l'option appartenant à l'Etat entre les mains duquel serait l'auteur présumé de l'infraction.

* * *

Si je m'en tiens à l'idée générale qui sert de base à votre rapport, je suis entièrement d'accord avec vous sur l'opportunité, voire la nécessité, de créer une juridiction pénale internationale. « La juridiction pénale internationale aurait dû être créée en 1919. Ce fut une grave erreur que de ne pas le faire. Si cette erreur était excusable en 1919, elle ne peut être renouvelée à présent. » (*Annuaire*, t. 42, p. 228.)

Au reste cette idée peut-elle bien être considérée comme acquise auprès de l'opinion publique dont témoignent : le Congrès de Bruxelles (1926) ; le 1er Congrès international de droit pénal (juillet 1928) ; l'adoption par l'Association internationale de droit pénal du projet V. Pella du 16 janvier 1928 ; l'institution par la Convention de Genève du 16 octobre 1937 de la Cour pour les crimes internationaux de terrorisme ; le Congrès international en octobre 1946 des « Juristes démocrates » ; la 8me Conférence internationale pour l'Unification du droit pénal, Bruxelles, juillet 1947 ; les projets des Experts pour l'élaboration de la Convention sur le Génocide ; cette Convention elle-même du 9 décembre 1948 ; le Projet des Experts chargés de préparer un projet de dispositions répressives tendant à assurer le respect des Conventions de Genève du 12 août 1949 ; l'Ordre du jour de la Commission du droit international de l'ONU à sa réunion de Lake Success du 12 avril 1949.

Mais le fait qu'une juridiction internationale pénale soit tenue très généralement pour désirable ne signifie pas que l'organisation en soit parfaitement aisée.

Le système que vous préconisez d'une juridiction supérieure et d'un nombre plus ou moins grand d'autres juridictions me semble prêter à objections. Le prestige de ces juridictions sera en raison inverse de leur nombre.

Est-il bien nécessaire de constituer une Cour de justice internationale pénale (ou une Chambre criminelle de la C.I.J.) pour remplir le rôle de « juge du droit » à l'effet de résoudre les conflits de compétence judiciaire, législative et des questions relatives à l'autorité de la chose jugée susceptibles de surgir entre juridictions d'Etats différents ?

La C.I.J. me paraît parfaitement capable de remplir dès maintenant ce rôle. L'affaire du droit d'asile ou l'affaire Haya de la Torre entre la Colombie et le Pérou peut être mentionnée à cet égard.

Quant à la pluralité de juridictions sur le modèle de la Cour contre le terrorisme, un argument en faveur de leur institution est peut-être qu'à de certains moments — notamment après des hostilités — un grand nombre de dossiers devrait être examiné par ces juridictions. Mais, par contre, ne risqueraient-elles pas de demeurer, la plupart du temps, inoccupées (et, certes, il faudrait s'en louer) ? L'inflation du nombre des fonctionnaires internationaux n'est pas, à mon sens, sans dangers.

Probablement la pluralité des juridictions serait la source de luttes fréquentes de compétence.

Il me semble qu'un grand mérite de la juridiction pénale internationale résiderait dans la simplicité de son organisation.

* * *

Les notions de fond en conformité desquelles la justice pénale internationale doit être organisée ont été depuis longtemps dégagées dans tous les pays civilisés ; s'il y est porté atteinte, c'est seulement dans ces périodes douloureuses où le dérèglement des passions vient obscurcir les consciences.

Les principes qui dominent toute justice pénale correcte et qui, par suite, s'imposent comme base de l'organisation et du fonctionnement de toute juridiction pénale internationale

sont au nombre de trois : *nullum crimen sine lege* (les incriminations punissables doivent être prévues à l'avance) ; *nulla poena sine lege* (il doit en être de même des sanctions applicables) ; *nulla poena sine culpa* (seuls les actes délictueux réellement commis doivent être punis).

Ce doivent être des règles inflexibles de la juridiction internationale que : l'impossibilité de punir un acte non désigné comme coupable par la loi ; l'impossibilité d'appliquer par analogie la loi pénale à un acte non spécifiquement visé par elle ; l'impossibilité des lois pénales rétroactives.

Il en résulte que le Tribunal militaire international de Nuremberg qui fut comme tant de voix autorisées l'ont déjà démontré un tribunal *ad hoc* ne saurait servir de modèle à la justice pénale internationale de l'avenir.

Le Professeur Gilbert Murray dans une lettre célèbre au *Times* (26 avril 1946), a rappelé des idées qu'il ne faut pas perdre de vue dans l'organisation de la justice internationale. Une bonne justice, a-t-il dit, ne peut pas être donnée par un tribunal « improvisé quant à sa formation, sa procédure et sa juridiction ». Une bonne justice, a-t-il dit encore, ne peut pas, au lendemain d'une guerre, émaner des seuls vainqueurs : « Comment peut-il être juste ou, pour les générations futures, seulement sembler juste, qu'après une guerre, les vainqueurs, parce qu'ils sont vainqueurs, s'arrogent le droit de juger les crimes des vaincus et, simplement parce qu'ils sont victorieux, échappent eux-mêmes à tout jugement ? »

Il faut, avec un autre anglais, lord Hankey, méditer quels risques on courrait à s'écarter de tels principes. Se référant au jugement de Nuremberg, lord Hankey disait : « Pour comprendre le danger politique d'un tel précédent, imaginez un instant que les pays de l'Est de l'Europe occupent la plus grande partie des pays occidentaux. Voyez-vous comment ils suivraient scrupuleusement le précédent créé à Nuremberg,

rédigeant leur propre Charte, définissant et instituant leur propre loi internationale et installant leurs propres tribunaux. L'emploi de la bombe atomique serait déclaré une violation du droit des gens — proposition fort soutenable — et tous ceux sur lesquels on pourrait mettre la main et qui auraient été mêlés à quelque titre à l'emploi de la bombe atomique seraient jugés et pendus. De même le Pacte Atlantique a déjà été dénoncé par la Russie et ses satellites comme une violation de la loi internationale : ainsi ceux qui l'ont établi et appuyé, qui ont été mêlés aux plans stratégiques qui découlent de son application, feront aussi bien de ne pas tomber entre les mains des Russes. » (*Politics, Trials and Errors*, 1949.)

La qualité de la justice pénale de l'avenir est subordonnée à deux conditions essentielles : 1° Le jugement doit s'appuyer sur une codification préalable ; 2° la justice doit être rendue par une juridiction composée de juges pris parmi les neutres (en cas d'hostilités) ou les ressortissants d'Etats non intéressés à la cause (dans les autres cas), avec seulement un juge *ad hoc* appartenant à la nationalité de chacun des Etats intéressés à la procédure.

De ces deux grandes difficultés de réalisation, la seconde est probablement la plus grave encore à laquelle se heurtera l'institution d'une justice pénale internationale digne de ce nom.

Je ne me dissimule pas qu'il pourra être hors de la portée des neutres d'arriver à ce que la justice soit, après une guerre, égale pour les vaincus et pour les vainqueurs. Je sais aussi que le Professeur Trainine, au lendemain de la deuxième guerre mondiale, a formulé le grief d'absurdité contre l'idée tendant à subordonner la répression des actes criminels au choix comme juges de magistrats appartenant à des pays neutres. Peut-être en effet un tel choix eût-il abouti à l'impunité des criminels de guerre.

Mais il n'empêche que les conditions d'une solution valable du problème pour l'avenir sont bien là. Si l'on n'arrive pas à créer une juridiction présentant les plus hautes garanties de bonne justice, mieux vaut n'en pas créer du tout que de se réfugier dans l'hypocrisie. Le principe de l'égalité devant la loi s'impose en droit international avec la même rigueur qu'en droit interne. On peut craindre que la difficulté d'en obtenir le respect soit plus grande encore en droit international qu'en droit interne.

La deuxième condition essentielle d'une juridiction internationale valable en matière pénale est la codification préalable du droit international pénal.

N. Politis a écrit dans ses *Nouvelles tendances du droit international* : « Le fonctionnement d'une juridiction criminelle supposerait la conclusion préalable d'une ou de plusieurs conventions définissant avec précision les faits punissables, fixant l'échelle des peines et indiquant leur mode d'application et d'exécution » (p. 135).

L'éminent professeur et juge genevois M. Jean Graven a parfaitement posé la question : « Tant que cette loi précise, exhaustive et obligatoire pour tous n'existera pas, la justice internationale sera mise en échec ou niée. Cela ne veut pas dire qu'elle existera nécessairement quand existera la loi qui doit lui servir de base ; mais elle n'existera certainement pas tant que cette loi fera défaut .» (*Revue Sottile*, 1950, « Principes fondamentaux d'un Code répressif des crimes contre la Paix et la sécurité de l'Humanité», tirage à part, p. 4.)

Il faut avant tout que s'inscrive en tête de cette codification le principe de la légalité des délits et des peines. Mais, par ailleurs, il n'est pas nécessaire que l'œuvre de codification soit achevée pour que la juridiction internationale pénale soit à même de fonctionner. Son domaine s'étendra au fur et à mesure que l'entente se réalisera par voie de conventions entre un

nombre d'Etats de plus en plus nombreux. Par ailleurs, il va de soi que des procédures de revision de cette codification seront prévues pour en tenir à jour les dispositions sur les points où il aura pu en être établi.

D'ores et déjà des parties de cette codification sont ou à pied d'œuvre ou réalisées. La Convention internationale du Génocide du 9 décembre 1948, ayant été ratifiée par 24 pays, est entrée en vigueur le 12 janvier 1951. Les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949 contiennent des dispositions relatives à la répression des infractions (Conv. I, art. 49 à 52 ; Conv. II, art. 50 à 53 ; Conv. III, art. 129 à 131 ; Conv. IV, art. 146 à 149). On doit être pleinement d'accord avec le Comité international de la Croix-Rouge lorsqu'il dit à cet égard : « Il n'est pas douteux que ces textes apporteront une contribution importante au droit international, dans le domaine des « crimes de guerre », notion qui, pour être fréquente dans le langage courant et les écrits des publicistes, attend encore une définition juridique généralement acceptée. »

* * *

Quant au plan général de la codification dont l'élaboration doit réagir elle-même si directement sur la Juridiction pénale internationale, le Statut de Nuremberg en trace les trois principales avenues : crimes de guerre, c'est-à-dire violation des lois internationales de la guerre ; crimes contre la paix, c'est-à-dire guerre d'agression (la définition en est particulièrement malaisée) et sa préparation concertée ; crimes contre l'humanité, c'est-à-dire atteintes graves contre la personne et la condition humaines ou les droits de l'homme, étant entendu qu'il y a lieu de se débarrasser de la notion trop étroite qui a rattaché à la guerre les crimes contre l'humanité, alors que

ceux-ci ne sont nullement liés d'une manière nécessaire aux circonstances de guerre.

Ce n'est pas le lieu de dire quelques mots de ces diverses catégories de crimes en laissant à la codification le soin d'en souligner les contours et de déterminer les peines dont ils doivent être punis, que pour préciser brièvement quelques points qui sont en rapports directs avec la compétence et l'organisation de la juridiction internationale répressive.

Je tiens pour difficilement acceptable dans l'avenir la solution de circonstance adoptée par le Statut de Nuremberg et qui a consisté à réserver aux juridictions nationales en matière de crimes de guerre ceux qui sont géographiquement localisés tandis que la juridiction internationale connaîtrait des seuls crimes qui ne peuvent pas être géographiquement localisés.

Tous les crimes de guerre doivent être soumis à la juridiction internationale et l'application des textes les concernant doit être faite par des neutres.

Que ce programme soit difficile à réaliser en fait, je n'en disconviens pas ; mais je répète que la question est de savoir si, en ces matières, on veut arriver ou non à une justice qui soit digne de ce nom.

S'agit-il des crimes contre la paix, le problème des causes et des responsabilités de la guerre — déjà si difficilement appréciable en lui-même — ne peut à coup sûr pas être jugé valablement par les vainqueurs.

Enfin, en ce qui concerne les crimes contre l'humanité (et je dis à nouveau qu'ils peuvent être commis aussi bien en dehors de l'état de guerre que dans l'état de guerre), vous me permettrez de ne pas me ranger au point de vue que vous avez exposé dans votre article sur la « Codification » paru dans la *Revue internationale de droit pénal*, 1948, n° 1, p. 32, et d'après lequel « le grief qu'encourt la création de semblables délits est qu'ils s'ajoutent inutilement et même fâcheusement à des infractions

de droit commun (meurtres, coups et blessures, etc.), dont ils ne se distinguent que par l'élément intentionnel, le mobile ».

Je crois d'ailleurs qu'une telle opinion tend de plus en plus à devenir isolée et qu'elle est dépassée par les réalisations acquises soit dès avant la guerre (terrorisme) soit après la guerre (génocide).

* * *

Reste l'importante question de la répartition des délits internationaux au point de vue de la compétence.

Vous attribuez à la « juridiction supérieure » les « responsabilités gouvernementales » ; les « délits commis par des personnes privées » seraient jugés par d'autres juridictions internationales, et même aussi par les tribunaux internes de l'Etat aux mains duquel se trouverait l'auteur présumé de l'infraction, au cas où cet Etat n'estimerait pas à propos de se dessaisir. S'il s'abstenait de soumettre l'inculpé à ses propres tribunaux (au cas où sa compétence est principale) ou s'il se refusait à l'extrader (au cas où sa compétence est subsidiaire), l'Etat serait tenu de déférer l'individu à la juridiction internationale.

Cette répartition de compétences entre la juridiction internationale et la juridiction nationale rencontre aussi la faveur d'autres auteurs éminents (par exemple, M. Jean Graven, art. cit.). Elle me semble cependant d'application problématique. D'après M. Graven, les « grands crimes de guerre » devraient aller exclusivement à la « juridiction internationale », qui « seule aura l'autorité et l'impartialité suffisantes pour en connaître et les juger ». Mais les infractions « entrant dans la catégorie de ce qu'on a appelé les petits crimes de guerre doivent normalement relever de la juridiction nationale lorsque celle-ci a l'impartialité nécessaire pour les juger ». Sans doute cet éminent professeur et magistrat s'efforce-t-il de définir les

conditions auxquelles on pourra dire que cette hypothèse d'impartialité se trouvera réalisée. Mais une grande place demeure laissée à l'incertitude et à l'arbitraire dans la détermination des cas où M. Graven considère que la répression nationale « *n'est pas possible* » (italiques par lui). Voici ce qu'il écrit sur ce point : « En revanche, lorsqu'en pareil cas la répression nationale *n'est pas possible*, soit parce que l'Etat est en quelque sorte instigateur ou complice de tels crimes qu'il a moralement soutenus ou tacitement approuvés, soit parce que ses institutions judiciaires ne se prêtent pas à leur jugement convenable, ou parce qu'il y a lieu de craindre, à l'occasion de semblables jugements, des divisions dans l'opinion, des manifestations ou des troubles, des acquittements injustifiés, des ressentiments étrangers ou des difficultés avec d'autres Etats du fait d'acquittements ou de condamnations qui pourraient être contestés, alors *la juridiction internationale* doit pouvoir être saisie et suppléer la juridiction nationale défaillante ou paralysée, pour que la répression ne le soit pas, elle aussi, en même temps. »

M. Graven place, on le voit, une certaine confiance dans la sagesse de l'Etat lui-même qui pourra choisir de déférer le cas à la juridiction internationale plutôt que d'en connaître lui-même. Il formule en ce sens un argument intéressant qu'il tire du droit fédéral suisse : la loi sur la procédure pénale fédérale de 1934 dispose, art. 8, que la Cour pénale fédérale est « tenue de juger les affaires que la législation d'un Canton défère à sa juridiction », précisément, pour des motifs d'opportunité de la nature de ceux qui viennent d'être indiqués, pourvu que cette attribution de compétence ait été soumise à l'approbation de l'Assemblée fédérale. « Il n'y a, dit le savant magistrat, que quelques mots à changer pour assurer le passage du domaine de notre « Confédération d'Etats » à celui de la « Confédération des Etats », en parlant de la Cour pénale « internationale » et

de la délégation dont le principe serait prévu par les législations « nationales » et approuvé par l'« Assemblée générale des Nations Unies ». Remarque assurément de haut intérêt ; mais tient-elle assez compte du fait qu'il existe dans l'Etat fédéral — à la fois un et pluri-étatique — une atmosphère spirituelle qui fait actuellement et fera probablement de longtemps défaut à l'Organisation des Nations Unies !

Toutes ces considérations me conduisent — tout en reconnaissant volontiers les risques d'encombrement de la juridiction internationale — à conclure cependant qu'elle seule doit avoir compétence pour juger tous les crimes internationaux au sens où cette expression est prise ici.

*
* *

Ces trop longs développements auraient, pour un examen complet de la matière, à être suivis encore d'indications relatives à la constitution de cette juridiction. Vous considérez que la désignation des juges de la juridiction « supérieure » devrait obéir aux mêmes règles que la désignation des membres de la Cour internationale de Justice et je crois pouvoir penser que c'est sur le modèle de la Cour internationale de Justice que vous suggéreriez d'établir cette Cour pénale. Je me demande si, sur les bases que je viens de vous soumettre, une telle solution serait possible.

Je ne suis pas certain que la soumission des juges à réélection soit une manière de faire complètement satisfaisante. Une durée de fonctions à fixer, mais sans aucun renouvellement possible, me paraît nettement préférable. La fonction de juge doit être avant tout et à tout point de vue « dépolitisée ». Plus un idéal est élevé, plus il est difficile de s'en approcher.

La procédure devant la juridiction pénale internationale requerrait aussi quelques touches, en ce qui concerne la saisine

de la Cour (vous entrevoyez déjà que mon point de vue ne concorderait pas avec le vôtre) et l'action civile.

Vous me permettrez de souligner seulement toute l'extrême importance que j'attache à la publicité de principe (sauf cas exceptionnels où le huis clos s'imposerait) de toute la procédure jusque et y compris les opinions dissidentes des juges.

Je vous prie, cher et honoré Confrère, de voir dans la longueur de ces observations — cependant incomplètes — l'indice de l'intérêt que j'ai pris à l'étude de votre remarquable rapport sur une question infiniment *difficile, mais* d'une pressante importance.

Veuillez croire à mes sentiments cordiaux et dévoués.

Gilbert Gidel

6. Réponse de M. Hsu Mo

La Haye, le 2 juillet 1951.

Le Questionnaire part de l'idée que l'institution d'une Cour pénale internationale permanente est admise. A mon avis, il serait prématuré d'accélérer l'organisation d'une telle Cour avant que le droit international d'ordre pénal soit bien établi et reconnu. En d'autres termes, il faut que le droit de fond, ou « droit matériel », soit cristallisé avant que puisse être institué le tribunal qui l'applique. Il me semble qu'en ce moment on cherche à établir les principes et les règles dont une Cour pénale internationale devrait s'inspirer en s'acquittant de sa tâche. Une discussion sur l'institution d'une telle Cour paraît donc pour l'instant assez théorique et préliminaire.

En cas d'établissement d'une Cour de ce genre, il serait très important de déterminer sa compétence et son organisation.

I. *a)* 1° Il va de soi que les attributions principales de la Cour seront limitées aux actes criminels contre la paix et la

sécurité de la communauté internationale. Il est clair que la Cour est dans l'impossibilité de juger et de punir tous les actes considérés comme constituant une violation de la paix et de la sécurité. Il appartiendra aux Nations Unies de définir exactement les crimes contre la paix et la sécurité dont pourrait connaître la Cour.

2° Toutes les infractions de droit commun revêtant un caractère à la fois grave et international, telles que le génocide, forment une autre catégorie d'actes dont peut connaître la Cour. Ces infractions se rattachent toujours à la violation des principes d'humanité, alors que la première catégorie concerne la violation de la paix du monde.

b) Il me semble que le principe idéal dont il faut s'inspirer en ce qui concerne le jugement et la répression des crimes contre la paix et l'humanité consiste à confier ce pouvoir judiciaire en exclusivité à la haute juridiction internationale, les tribunaux internationaux intéressés devant lui céder leur compétence. S'il en est ainsi, la question *b)* ne se pose pas. Mais peut-être cette compétence exclusive de la Cour internationale ne pourrait-elle pas se réaliser, tout au moins au début de l'existence de l'institution envisagée. Là où les tribunaux nationaux sont déjà saisis des crimes contre la paix ou contre l'humanité, ont déjà condamné pour ces crimes, il doit être permis à la haute Cour internationale d'exercer, comme juge suprême du droit, une fonction pour régler les conflits entre Etats relatifs à la compétence ou à la chose jugée ou pour même revoir la sentence en appel.

Il convient d'ajouter que l'exercice de la juridiction pénale internationale a pour effet de soustraire le cas à la juridiction des tribunaux nationaux compétents.

c) La fonction pénale internationale ne doit viser strictement que les personnes physiques. Seules les personnes physiques

sont en réalité responsables des actes contre la paix ou contre l'humanité, commis au nom de personnes morales. On ne doit pas permettre aux gouvernants ou aux individus d'échapper à la responsabilité criminelle en se dissimulant sous la notion de personne morale. Quant à l'Etat lui-même, qui est la plus haute personne morale, la Cour, malgré son caractère international, ne saurait lui imposer la peine qu'elle peut infliger à une personne physique (par exemple, la peine de mort). En prononçant une sanction contre la liberté d'action de l'Etat, en cherchant, en d'autres termes, à restreindre la souveraineté de celui-ci, elle sortirait du cadre de son pouvoir judiciaire et entrerait dans le domaine politique. A un autre ordre, en effet, appartient la revendication par un Etat — en son nom propre ou au nom de ses ressortissants — dirigée contre un autre Etat en vue d'obtenir des dommages-intérêts à la suite d'un crime international commis par ce dernier. Cette question appartiendrait nettement au domaine de droit international civil, dont n'a pas à s'occuper la Cour que nous envisageons en ce moment.

II. *a)* La juridiction pénale internationale doit être complètement séparée de celle de la Cour internationale de Justice. Elle ne peut pas être confiée à la Cour internationale actuelle, moins encore à une chambre spécialisée de cette Cour. La Cour internationale de Justice est uniquement chargée, en matière contentieuse, du règlement des différends affectant les droits et les obligations des Etats. Deux éléments caractérisent cette juridiction. Premièrement, les Etats, et les Etats seuls, peuvent être parties devant la Cour. Deuxièmement, celle-ci ne peut agir sans le consentement des parties, lesquelles lui confèrent la compétence. Si une juridiction pénale se superpose à la juridiction contentieuse de la Cour internationale de Justice telle qu'elle est actuellement organisée, un élément nouveau serait introduit, qui ne s'harmoniserait pas avec le système existant.

En effet, l'Etat comme tel, ainsi que je l'ai déjà indiqué, ne saurait être accusé et puni, alors que la compétence pénale — ce que je vais démontrer — doit être obligatoire.

La juridiction pénale internationale serait donc indépendante de celle de la Cour internationale de Justice. Mais cela ne veut pas dire qu'une nouvelle Cour consacrée exclusivement aux crimes et aux délits doive avoir une existence permanente. Notons que les crimes dirigés contre la paix et la sécurité du monde et ceux qui portent atteinte aux principes d'humanité ne sont commis que très rarement dans les relations internationales. Par conséquent, l'institution d'une Cour pénale sur le modèle de la Cour internationale de Justice ne se justifierait pas. Il vaudrait mieux établir une liste de juges proposés par les divers Etats et élus par l'Assemblée générale des Nations Unies. La Cour pénale ne se réunirait que dans l'hypothèse où se présenterait la nécessité d'une poursuite criminelle. Un certain quorum des juges sera suffisant pour la faire fonctionner. Le secrétariat ou le greffe pourrait exister d'une façon plus ou moins permanente, comme dans le cas de la Cour permanente d'Arbitrage.

b) Il ne faut pas que l'organisation de la Cour pénale soit trop compliquée. Elle devrait être aussi simple que possible afin que tout le monde puisse la comprendre. Je ne crois pas qu'il y ait lieu de diviser le système envisagé en deux ou plusieurs instances ou organismes.

III. *a)* La compétence de la Cour internationale de Justice n'est pas obligatoire pour tous les Etats parties à son Statut. Elle dépend de leur consentement particulier ou de leur acceptation de la disposition facultative. Il est admis que cet état de choses est loin d'être satisfaisant et il faut espérer que le développement futur du système judiciaire international aboutira à l'acceptation automatique de la juridiction de la Cour par

tous les Membres de l'Organisation des Nations Unies. Quoi qu'il en soit, la juridiction en matière de différends entre Etats n'a pas le même caractère que la juridiction pénale. Il est bien entendu regrettable qu'un différend juridique entre deux Etats ne puisse être réglé par la voie judiciaire, mais en général, cela n'affecte que dans une très faible mesure la position des autres Etats, moins encore le bien-être de l'humanité entière.

En revanche, les crimes contre la paix et la sécurité du monde ou contre les principes d'humanité appartiennent à un tout autre domaine que les différends interétatiques, par exemple, la rupture de contrats entre gouvernements et étrangers, ou les actes illicites commis contre des ressortissants étrangers par les agents de gouvernement. Si une Cour est instituée pour connaître, au nom des Nations Unies, des crimes d'un caractère international et pour prononcer des peines contre les auteurs de ces crimes, sa juridiction doit être obligatoire pour tous ; elle doit s'étendre aux gouvernants et ressortissants de tous les Etats-Membres de l'Organisation des Nations Unies, ainsi qu'à tous les ressortissants des Etats non-membres, qui ont commis les actes dont il s'agit sur le territoire d'un Etat-Membre. Il serait illogique et injuste que la juridiction pénale dépende de la volonté de quelques Etats-Membres, tous les autres Etats-Membres l'ayant acceptée. La juridiction pénale, soit nationale, soit internationale, doit s'imposer à tous.

Il est vrai que l'article VI de la Convention sur le génocide prévoit que « les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction ». Il ressort de cette disposition que les parties contractantes pourraient accepter ou rejeter la juridiction internationale en

matière de génocide. Mais j'espère qu'une fois que sera établie la Cour criminelle internationale mentionnée dans la Convention sur le génocide, sa compétence sera reconnue par toutes les parties contractantes comme obligatoire pour toutes les personnes accusées de génocide.

b) Pour traduire devant la Cour pénale les personnes accusées, il faudrait établir, selon moi, une autorité semblable au ministère public, mais cette tâche ne devrait être confiée ni au Conseil de Sécurité, ni au Conseil économique et social, ni à un organe dépendant de l'un ou de l'autre. Il serait préférable que cette autorité fût établie par l'Assemblée générale et fonctionnât au nom de l'Organisation des Nations Unies. Les membres de cet organe seraient élus en même temps que les membres de la Cour pénale elle-même.

c) Le principe de légalité et des peines s'applique tant aux actes de caractère international qu'aux délits ordinaires. Il est cependant difficile d'adopter un code pénal international prévoyant toutes les peines. Peut-être serait-il plus facile de définir les diverses catégories des actes punissables et d'indiquer, de façon assez générale, les peines prévues pour chaque catégorie. Il faut que les juges puissent disposer d'une certaine mesure de discrétion en réprimant les crimes et délits.

Hsu Mo

7. Réponse de M. Herbert Kraus

Göttingen, le 10 juin 1951.

Cher et très honoré Collègue,

J'ai étudié avec un très vif intérêt le rapport si condensé et si riche que vous adressiez à l'Institut sur le problème de « l'Organisation d'une juridiction pénale internationale ». Harcelé par le temps, je ne suis malheureusement pas en mesure

de traiter à fond et d'envisager dans leur ensemble toutes les questions qui s'y trouvent soulevées.

Puis-je me borner aux remarques suivantes :

1. Le rapport traite entre autres du point de savoir quelle juridiction internationale serait compétente en ce qui concerne « les conflits internationaux de compétence judiciaire ou législative, la revision des condamnations passées en force de chose jugée et inconciliables, la solution des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application des conventions ». A mon avis, la Cour internationale de Justice est en ces matières compétente. Cette compétence s'accorde avec l'essence même de l'institution.

Il est vrai qu'une circonstance s'oppose à une activité utile de la Cour de La Haye en semblable matière : c'est que les compétences des Etats en droit pénal sont loin d'être encore nettement délimitées par le Droit International. Il serait donc tout d'abord nécessaire de créer les bases positives de droit international pour obtenir par la suite la solution de tels conflits. Sans quoi nous nous trouvons en face d'un « procès sans droit », pour reprendre l'expression de celui qui fut Président du Tribunal d'Empire allemand (Reichsgericht) et membre de notre propre Institut de Droit international, le Dr. Simons.

Eléments positifs de droit : il s'agit avant tout d'ouvrir la possibilité de décisions équitables dans les procès concernant « la revision des condamnations passées en force de chose jugée et inconciliables ».

2. L'exercice d'une juridiction pénale internationale vis-à-vis des Etats se heurte, à mon avis, au fait que l'Etat n'est pas accessible en son essence au châtiment. Je suis ici catégoriquement du point de vue d'Immanuel Kant.

Cela ne signifie pas, d'autre part, l'impossibilité de conférer à des juridictions internationales la tâche de stigmatiser comme

criminels et ce, sous la forme d'un jugement déclaratif, les agissements d'un Etat.

Bien entendu, il ne serait pas possible qu'un tel jugement eût un effet du même genre que celui visé à l'article 10 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, qui prévoit l'exercice d'une action en justice contre un individu quelconque ou une classe déterminée d'individus. Je tiens cette formule du Statut pour malheureuse. Même l'interprétation restrictive adoptée par le Tribunal militaire international de Nuremberg n'a pas été suffisante pour remédier complètement aux défauts de l'article 10. C'est un vestige de la responsabilité pénale collective qui est demeuré là, une responsabilité collective qui est incompatible avec le principe juridique fondamental sur lequel le Tribunal militaire international avait mis l'accent, à savoir que la faute criminelle ne peut être que personnelle.

Les expériences résultant de la jurisprudence de ceux qu'on a appelés les « tribunaux de jugement » (Spruchgerichte) en zone britannique d'Allemagne, dans les procès intentés aux membres des organisations criminelles, confirment, à mon avis, cette manière de voir.

Devant les leçons du passé, il y a peu d'espoir qu'on puisse s'adresser à la Cour de La Haye, et mettre en œuvre sa compétence contre des Etats. Il faudrait une modification de la Charte des Nations Unies qui n'est, à mon avis, certes pas réalisable en temps utile.

3. Cette observation s'applique aussi, comme vous le mettiez en relief dans votre rapport, à la transmission à la Cour de la Haye des points de droit soulevés par les procès criminels internationaux en cours. A mon avis, on devrait fonder et organiser un organe judiciaire spécial, ayant pour tâche d'agir en tant qu'organe central de Justice criminelle internationale.

4. Il serait moins heureux, me semble-t-il, de créer différents tribunaux pour le jugement définitif de crimes contre la paix, contre les droits de l'homme, ou en matière de génocide.

5. Quant à la conduite de procès de droit pénal international qui seraient intentés contre des « gouvernants » d'un côté, des « gouvernés » d'un autre côté, je ne peux pas m'abandonner à l'enthousiasme. Il y a des cas, à la vérité, devant différentes Cours pénales internationales, où cette différence se manifeste clairement. Mais à l'égard des faits délictueux les plus importants dont il peut s'agir tels que les crimes contre la paix mais aussi le génocide, cette différence disparaît en général. Le « gouverné » est largement l'aide du « gouvernant ». C'est également le cas en matière de crimes contre la paix, des délits de propagande de la guerre d'agression et d'instigation à la guerre, dont la répression est amorcée et reste souhaitable. Il sera sans doute intéressant à ce sujet de savoir que la loi modificative du Code pénal allemand a prévu ici l'expression de « trahison de la paix ».

Les concepts « gouvernants » et « gouvernés » se confondent également en ce que le « gouvernant » est en même temps vis-à-vis de son supérieur un « gouverné ». Ceci est très clair dans le cas par exemple de l'ancien général Keitel, mais aussi dans celui de l'ancien ministre des Affaires étrangères d'Allemagne, Ribbentrop.

6. En ce qui concerne d'autres crimes internationaux, la nécessité de leur jugement définitif par des cours pénales internationales, à titre subsidiaire vis-à-vis des tribunaux nationaux, est moins recommandable que dans les cas précités. Cela est vrai en particulier des faits délictueux appelés par vous crimes de droit commun, et qui « à raison de la nationalité de la victime ou des auteurs présumés peuvent être considérés comme des offenses internationales et constituent une menace

pour la paix du monde » ; « de la sanction des responsabilités individuelles pour des faits dont le lieu de commission est inconnu, ou qui sont perpétrés sur un territoire dont la souveraineté est contestée. » Ne suffit-il pas, au moins dans quelques-uns des cas ci-dessus énumérés, d'unifier les dispositions des différents codes pénaux et de garantir cette parité par des traités du Droit des Gens ?

7. J'estime au plus haut point fondé en droit le jugement international de ces crimes que les Etats eux-mêmes dans leurs codes d'instruction criminelle, sans égard à la nationalité du coupable ou de la victime, sans égard à l'endroit où le méfait a été commis, considèrent comme tombant sous le coup des lois. Je comprends également dans cette catégorie les crimes commis au moyen d'explosifs, la traite des femmes et des enfants, les crimes touchant au faux-monnayage, le commerce des stupéfiants, et celui des publications pornographiques, mais aussi la piraterie, le crime de génocide et les actes de terrorisme.

8. J'ai par suite approuvé la formation de la Convention contre le terrorisme du 16-11-1937. Non sans quelque réserve à l'égard de l'article 12 de cette Convention, d'après lequel le tribunal compétent doit appliquer soit le droit pénal interne du territoire, soit le droit pénal du pays qui a assigné le criminel devant la Cour pénale internationale, avec cette condition supplémentaire que le droit le moins rigoureux serait observé. A mon avis, la tâche d'une Cour pénale internationale ne peut consister qu'à appliquer le Droit des Gens, et non pas un droit pénal interne.

9. Pour terminer, encore une remarque brève sur la question du jugement des « crimes de guerre ». Je suis absolument d'accord avec vous sur ce fait que la création d'un code pénal militaire international serait un événement digne d'approbation. Sans doute, à mon avis, cette juridiction implique-t-elle, que,

dans les Cours compétentes pour juger des « crimes de guerre », siègeront des ressortissants d'Etats neutres.

La Convention de La Haye sur la guerre terrestre constitue à cet égard une base de droit international assez large, bien qu'elle appelle des réformes partielles.

Sans doute reste-t-il à considérer ici, et il faut le faire en même temps qu'il existe des cas nombreux où cette méthode est impraticable parce qu'elle exige trop de temps.

Je vous prie de croire, cher et très honoré Collègue, à l'assurance de ma considération très distinguée.

Herbert Kraus

8. Answers of Mr. Alf Ross

Copenhagen, March 9th, 1951.

General proviso.

The answers are given under the presupposition that an international court is to be erected. I do not myself share this opinion. I agree with those members of the International Law Commission (Sandström, Brierly, Amado, Hudson) who do not believe that an international criminal court will be able to work according to its idea and that its erection for this reason will do more harm than use.

Ad I a 1.

Certainly not. No international court will, failing an international police and executive force, be more than an empty show. If such crimes are committed by states, their repression must be left over to the Security Council. If by individuals to national courts or mixed courts *ad hoc*.

Ad I a 2.

I am most inclined to say No. While an international court with jurisdiction over crimes against peace and security would be desirable but not possible, in this case a court would be possible but hardly desirable. Such crimes are as far as I can judge, sufficiently controlled through national courts so that there is no real need for the establishment of an international court.

Ad I b.

Yes. But this answer is only given under the presupposition that an international criminal court is to be erected. My real opinion is that even a court with such limited competence would not be desirable, because legal questions of this kind could be dealt with by the existing International Court of Justice.

Ad I c.

Certainly not. Criminal proceedings against *states* are outside the scope of a court of justice and must be left over to political organs such as the Security Council.

Even if collective penal responsibility is not impossible, the leading idea in modern terms, endorsed by the Nürnberg Judgement, is that criminal guilt is personal. For this reason the court should have no jurisdiction over organisations or other *collective persons other than states.*

Ad II a.

The court should be *independent.* The main reason for this is not the legal difficulties connected with the necessary amendment of the Statute of the International Court, but the fact, that a criminal jurisdiction, which will always be mixed up with politics, would easely be damaging to the courts' authority, prestige and integrity as a court of justice. The International Court has a real mission in the world and it would be unres-

ponsible to expose its successful working in the field of international justice to danger connected with a project of at any rate questionnable merits.

Ad II b.

According to my answers ad I, I cannot accept the assumptions on which this question is based.

Ad III a.

Speaking about the jurisdiction relating to conflicts of competence etc. (vide I b) I should say that this jurisdiction should be obligatory in the sense that it is binding on those states which have once accepted the jurisdiction of the court, that is in the same manner as the jurisdiction of the International Court is obligatory.

Ad III b.

Not on the assumptions on which my foregoing answers are based.

Ad III c.

This question does not arise on the assumptions on which my foregoing answers are based.

Alf Ross

9. Réponse de M. Jean Spiropoulos

Genève, le 19 mai 1951.

I. Réponse à la question : *Comment se déterminera sa compétence ?*

a) La Cour devrait connaître uniquement des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

b) Non.

c) La Cour devrait avoir comme justiciables uniquement des personnes physiques.

II. Réponse à la question : *Comment sera-elle organisée ?*

a) La Cour devrait être une juridiction indépendante.

b) Unicité de juridiction.

III. Réponse à la question : *Quel sera son fonctionnement ?*

a) La juridiction de la Cour devrait être obligatoire.

b) La création d'un ministère public international semble opportune.

c) Le principe de légalité des délits et de peines devrait trouver pleine application.

Jean Spiropoulos

10. Réponse de M. Manlio Udina

Trieste, le 29 octobre 1951.

Monsieur et très honoré Confrère,

Vous êtes déjà informé des douloureuses circonstances personnelles qui, dans le cours de cette année, m'ont empêché de collaborer aux travaux préparatoires de la Commission de l'Institut concernant l'institution d'une Cour pénale internationale. Je vous remercie vivement pour les aimables expressions de sympathie que vous m'avez adressées dans cette occasion, ainsi que pour le soin que vous avez eu d'attendre jusqu'ici de connaître ma pensée sur la question.

En raison des circonstances susdites et de l'urgence de ne pas différer davantage ma réponse au Questionnaire que vous m'avez transmis, ce que je vais vous dire brièvement doit être

regardé plutôt comme l'expression de mes impressions instantanées que comme le fruit de mûres réflexions.

En général — et même en partageant l'opinion très répandue que les temps ne sont pas mûrs pour la création d'une C.P.I. (ainsi qu'il est démontré par le défaut de réalisation effective de la Cour internationale pour la répression du terrorisme, qui constitue un précédent assez proche) — je crois qu'il est convenable de préparer d'ores et déjà des projets pour la création d'une C.P.I., si possible unique, afin de juger des crimes de droit international ébauchés par les conventions et par les compromis spéciaux conclus entre les Etats participants. Je pense même que, lorsqu'on envisage le problème dans ces limites, il n'est peut-être pas non plus exact de regarder sa solution comme prématurée puisque ce que vous avez très à propos dénoncé comme un « abus du droit pénal », c'est-à-dire la « prolifération » des délits, à laquelle s'associe la prolifération des juridictions pénales, doit être considéré, comme une marque de la nécessité d'un organe qui à présent fait défaut et dont l'existence éviterait probablement que le phénomène dénoncé se produisît.

Des doutes sérieux peuvent se concevoir au sujet de la position de l'organe et de l'extension de sa compétence. Tant que l'O.N.U. reste une communauté internationale particulière (même aspirant à l'universalité), la Cour dont il est question devrait, d'un point de vue abstrait, être constituée comme un organe des Etats signataires de l'acte constitutif, et pourrait être ouverte, sous certaines conditions, aussi aux Etats tiers. Mais, étant donné les difficultés qui existent en ce moment pour obtenir la participation d'une grand nombre d'Etats, une Cour insérée dans l'O.N.U. aurait peut-être plus de chances de réalisation pratique, et serait sans doute destinée à fonctionner pour un plus grand nombre d'Etats. Pour ce qui concerne l'étendue de sa compétence, et même en admettant la conception

d'une responsabilité pénale de l'Etat et des personnes morales en général, je suis d'avis que, en face de la présente phase d'organisation de la communauté internationale, il est préférable de limiter la juridiction de la Cour aux crimes de droit international commis par les personnes physiques, particulièrement en leur qualité d'organes de l'Etat. Quant aux mesures de sécurité dont pourraient être objet les Etats mêmes, il est encore préférable aujourd'hui qu'elles soient infligées par un collège composé d'Etats — tel que pourrait être, au sein des N.U., l'Assemblée générale (plutôt que le Conseil de Sécurité, au moins tant que celui reste entravé dans son fonctionnement par le soi-disant droit de veto) — et non pas d'individus qui remplissent personnellement la fonction de juges. Lorsque la société internationale sera pourvue d'une organisation meilleure, et disposera de moyens propres de coercition, l'on pourra songer alors aussi à cette seconde forme de juridiction pénale. Somme toute, il nous semble donc que les propositions contenues dans le projet de Statut d'une C.P.I. qui a été formulé le 31 août dernier à Genève par le Comité de l'O.N.U. chargé par l'Assemblée générale d'examiner le problème, méritent dans leur ensemble d'être approuvées parce qu'elles sont animées d'un esprit progressif, dont on ne peut pas se départir dans une matière tellement délicate.

Les réponses que je pourrais donner au Questionnaire que vous m'avez transmis seraient donc les suivantes :

I.

a) La C.P.I. à instituer devrait être appelée à connaître essentiellement des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ainsi que des autres crimes de droit international déterminés par les conventions existant entre les Etats signataires du Statut de la Cour.

b) Subsidiairement, elle pourrait exercer la fonction de juge suprême du droit à l'égard des conflits de compétence et des conflits de choses jugées qui peuvent naître entre tribunaux de divers Etats, et cela sur la base des conventions ou compromis spéciaux entre les Etats intéressés. Au lieu de créer une juridiction obligatoire dans cette matière, il serait préférable de parvenir à l'unification des divers systèmes nationaux de droit pénal international, de même que dans le domaine du droit international privé.

c) Elle pourrait avoir pour justiciables seulement les personnes physiques.

II.

a) La C.P.I. devrait être une juridiction indépendante. L'idée d'en faire une chambre spécialisée de la Cour internationale de Justice n'est pas du tout à recommander.

b) Il faudrait qu'il y ait unicité de juridiction. S'il fallait distinguer entre un organisme appelé à statuer comme juge suprême du droit et à connaître, vis-à-vis des Etats et des gouvernants, des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, et un organisme auquel seront déférés les délinquants individuels pour les délits communs d'intérêt international, ce dernier devrait être unique ou constitué de façon à pouvoir fonctionner par Chambres distinctes pour tout groupement de deux Etats ou pour tous les Etats intéressés à un cas déterminé, puisque autrement se reproduiraient les inconvénients naissant du fait qu'existent uniquement des tribunaux internes.

III.

a) La juridiction de la Cour devrait être tant obligatoire que facultative (selon que les Etats accepteraient ou non une clause sur la juridiction obligatoire) pour les crimes contre la

paix et la sécurité de l'humanité ; et dans sa fonction de juge suprême du droit elle devrait être, pour le moment, seulement facultative.

b) Il faudrait créer un ministère public international autonome ou bien, au cas où la Cour serait un organe des N.U., dépendant de l'Assemblée générale de l'O.N.U. Au ministère devrait se joindre un organe d'instruction et de renvoi.

c) La juridiction pénale internationale serait liée par le principe de légalité des délits et des peines dans les limites prévues par la convention qui établirait la juridiction.

Je vous prie d'agréer, mon cher et très honoré Confrère, l'assurance de ma haute considération et de mes sentiments bien dévoués.

Manlio Udina

11. Réponse de M. Alfred Verdross

Vienne, le 5 mars 1951.

Mon cher et honoré Confrère,

A votre Questionnaire, j'ai l'honneur de vous présenter mes observations suivantes :

Ad I. A mon avis la compétence de la Cour devrait être réservée aux crimes contre la paix et l'humanité, commis par des Membres d'un Gouvernement ou par des personnes agissant sur l'ordre du Gouvernement. Pour tous les autres délits, la juridiction nationale suffit complètement.

Ad II. La meilleure solution serait une Cour spéciale, car il s'agit d'une juridiction qui n'a rien de commun avec celle de la Cour Internationale.

Ad III. Sa juridiction devrait être obligatoire. Car les personnes indiquées sub I ne peuvent pas être jugées par une Cour nationale.

Veuillez agréer, cher et honoré Confrère, l'expression de mes sentiments dévoués.

A. Verdross

12. Observations of Mr. Humphrey Waldock

Oxford, May 29, 1951.

Dear Professor Donnedieu de Vabres,

I am very sorry that you have not heard from me before in reply to your questionnaire concerning the establishment of an international penal court. I was in the United States when it arrived and did not return to receive it until the date fixed by you had passed. I am now heavily engaged in a case before the International Court on behalf of my Government and am not able to give sufficient study to your questionnaire to enable me to make a very useful contribution at this stage. I shall therefore confine myself to one comment.

One question asked is whether the Court should be independent or a special Chamber of the International Court of Justice (Question II a). You rightly stressed in your paper at Brussels the political difficulty involved in the second solution arising from the fact that it would require an amendment of the Charter. I am inclined to think that the practical objections to the second solution are also considerable. Any serious criminal charge—and most criminal cases would be serious—would be likely to occupy the Court for some time. In the Corfu Channel case the Court for the first time had the experience of investi-

gating facts by the oral examination of witnesses in much the same may as would happen in a criminal case. The number of witnesses was not large but the taking of evidence took a long time. Even if simultaneous translation equipment was to be installed in the International Court—as I think it would have to be for criminal cases—the additional of Criminal work to the Court's duties would, I believe, impose on it a heavy extra burden. The Court now has full lists for civil cases and to confer upon it a criminal jurisdiction as well might be prejudicial to the Court's important role in the settlement of civil cases litigated between States. A very important criminal case might hold up civil litigation for altogether too long a period. This seems to me to be a serious objection to giving the International Court *original jurisdiction* in criminal matters.

At the same time I recognise that it would be undesirable for divergencies to appear between international civil and criminal jurisprudence through the handling of civil and criminal cases by different tribunals. For civil and criminal jurisprudence cannot be separated into two water-tight compartments. This may or may not be considered a reason for allowing an appellate jurisdiction in criminal cases to the International Court.

I have read your paper with great interest and look forward to seeing your further suggestions.

Yours sincerely,

Humphrey Waldock

VII. L'élaboration d'une clause modèle de compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice

Rapport provisoire

présenté par

M. Paul Guggenheim

A la séance de clôture de la session de Bath (12 septembre 1950), le Secrétaire général de l'Institut de Droit international a fait part de la suggestion suivante émanant de la Commission des travaux :

« M. Guggenheim a été prié de rédiger pour la prochaine session un petit rapport sur *L'élaboration d'une clause modèle de compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice*, qui pourrait être insérée dans les projets de Convention que l'Institut adopterait à l'avenir. On n'a pas estimé nécessaire l'institution d'une Commission spéciale pour la préparation de ce projet de Résolution [1]. »

I

Lorsqu'on examine les clauses modèles de compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de Justice internationale qui ont été insérées

[1] *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 43e vol., Session de Bath, 1950, t. II, pp. 371 et s.

jusqu'à présent dans les projets de Résolution de l'Institut de Droit international, on est frappé de la grande variété des formules employées. Cependant toutes contiennent un certain nombre, d'une part, d'éléments invariables et, d'autre part, d'éléments variables qu'il nous paraît utile d'analyser avant de suggérer à l'Institut une clause modèle. Toutefois, avant d'entrer dans les détails de cet examen, il y a lieu de faire une observation d'un caractère général.

L'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice présuppose nécessairement l'existence d'un différend que les Parties désirent porter, certaines conditions étant réalisées, devant la Cour internationale de Justice. Ce différend doit avoir pour objet des contestations relatives à un acte juridique spécifique dont l'Institut de Droit international désire l'acceptation dans le cadre du droit international positif. C'est pourquoi, dans l'accomplissement de la mission qui nous est confiée, il n'est pas d'une grande utilité de rechercher de quelle manière la juridiction obligatoire de la Cour est reconnue dans les clauses facultatives notifiées dans les déclarations des Etats conformément à l'art. 36 du Statut de la Cour. En effet, la reconnaissance de la juridiction obligatoire telle qu'elle est exprimée dans les clauses facultatives a une portée beaucoup plus large que la soumission des différends résultant éventuellement d'un acte juridique spécial dont l'acceptation est suggérée par l'Institut. Ce n'est donc pas dans les clauses facultatives, mais dans les actes particuliers qui prévoient une obligation générale de régler les litiges par la voie de la juridiction de la Cour que nous trouverons les modèles de la clause à élaborer. A cet effet, nous nous sommes cependant limités — en principe —à l'examen des Conventions collectives ; les Conventions bilatérales n'entrant qu'exceptionnellement en ligne de compte pour le sujet qui nous occupe ici seront donc généralement laissées de côté. Pour ce faire, nous

avons consulté tout d'abord le *Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes* 1928-1948, United Nations Publications, Sales N° 1949, V. 3 ; cf. pour l'époque antérieure à 1928, *M. Habicht*, Post-War Treaties of the Pacific Settlement of International Disputes, 1931. Voir aussi la liste des actes de règlement pacifique publiés régulièrement dans l'Annuaire de la Cour internationale de Justice et antérieurement dans l'Annuaire de la Cour permanente de Justice internationale.

A) *Eléments invariables*

Les éléments invariables de la clause, c'est-à-dire ceux qui doivent être insérés dans chaque projet de Résolution ou de Convention recommandée par l'Institut sont les suivants :

aa) L'existence d'un différend est présupposée.

bb) Le différend doit être réglé.

cc) Le règlement du différend relèvera, au moins partiellement, de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice.

B) *Eléments variables*

Les éléments variables sont plus importants et plus nombreux.

aa) En premier lieu il se pose la question de savoir s'il faut indiquer les sujets de droit qui sont invités à soumettre le différend au règlement prévu par la clause. A cet effet, on peut concevoir la limitation soit aux Parties contractantes, soit aux Etats soumis à la Résolution envisagée. Lorsqu'on fait abstraction d'une telle limitation, la clause vaut éventuellement aussi pour des sujets tiers chargés d'exécuter la Conven-

tion ou la Résolution en question [1]. Notre préférence va nettement au second type de clause. Il correspond d'ailleurs à la rédaction des clauses insérées dans les Résolutions adoptées par l'Institut [2].

bb) En second lieu, il faut examiner s'il est bon de spécifier la nature du différend, de lui donner une qualification, de sorte que tout litige au sujet de *l'interprétation ou de l'application* de la Convention soit soumis à la Cour internationale de Justice. Cette formule — qui couvre toute la gamme des différends juridiques possibles au sujet d'une Convention ou d'une Résolution — étant devenue d'un usage généralisé dans les clauses des actes prévoyant la juridiction de la Cour [3], il n'y a aucune raison d'en faire abstraction dans la clause modèle [4].

---

[1] Dans la pratique conventionnelle des traités collectifs, on trouve les deux formules ; celle qui limite le litige aux Parties contractantes est la plus usitée. Voici par ex. l'art. 1 de l'Acte Général du 26.9.1928 : « Les différends... entre deux ou plusieurs Parties ayant adhéré au présent Acte Général... » D'autre part, la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées évite, d'une manière générale, de mentionner la notion de Parties contractantes : Section 32 : « Toute contestation portant sur l'interprétation ou l'application de la présente Convention sera portée devant la Cour internationale de Justice, à moins que, dans un cas donné, les Parties ne conviennent d'avoir recours à un autre mode de règlement. » *Annuaire de la C.I.J.*, 1947/48, p. 149.

[2] Voir par ex. l'art. 12 du projet de Convention sur les conditions d'attribution d'un statut international à des associations d'initiative privée. *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 43e vol., Session de Bath, 1950, t. II, p. 387.

[3] Il suffit de parcourir à ce sujet la 3e partie des textes régissant la compétence de la Cour (Actes divers prévoyant la juridiction de la Cour) dans l'Annuaire de la C.I.J. Voir par ex. l'art. 27 *bis* de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques revisée à Bruxelles, le 26 juin 1948, *Annuaire C.I.J.*, 1949/50, p. 181.

[4] Les derniers projets de Résolution de l'Institut — contrairement à une pratique antérieure assez arbitraire — acceptent également cette

cc) Il se pose ensuite la questions de savoir si la juridiction de la Cour internationale de Justice doit être exclusive ou s'il est indiqué de faire certaines réserves en vue

aaa) d'un examen obligatoire préalable par des négociations ou par la voie diplomatique,

bbb) d'admettre la juridiction de la Cour si le conflit n'a pas été réglé par une autre procédure, par ex. une procédure arbitrale ou de conciliation.

Dans les deux cas, la juridiction obligatoire de la Cour n'est plus ni absolue, ni générale. Aussi bien la clause des négociations diplomatiques que celle prévoyant l'admission d'une procédure arbitrale alternative ou encore d'une procédure de conciliation facultative ou obligatoire préalable fait naître une exception suspendant l'examen du différend par la Cour internationale de Justice [1]. Il n'y a pas de doute que la réserve des négociations diplomatiques est d'un usage généralisé dans les clauses de juridiction [2]. On peut même se demander si la condition des négociations diplomatiques préalables est d'un usage si fréquent et si universellement reconnu qu'elle

---

clause. Voir par ex. la Résolution concernant l'asile en droit international public, art. 10, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 43e vol., Session de Bath, 1950, t. II, pp. 379 et s. Une formule faisant abstraction de la notion de l'interprétation ou de l'application de la Convention se trouve dans l'art. 10 du projet original de *M. Perassi*, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 42e vol., Session de Bruxelles, 1948, p. 62.

[1] Voir pour de plus amples détails *P. Guggenheim*, Lehrbuch des Völkerrechts, 1951, t. II, pp. 640 et s.

[2] On emploie soit le terme « par voie de négociation » (voir par ex l'art. 21 de l'accord entre l'Organisation des Nations Unies et les Etats-Unis d'Amérique relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, *Annuaire de la C.I.J.*, 1947/48, p. 153) soit le terme « par voie diplomatique » (by the normal methods of diplomacy). Voir le tableau comparatif tenant surtout compte des Conventions bilatérales dans le *Systematic Survey* précité, pp. 13 et s.

en est devenue obligatoire même sans mention particulière dans une clause de juridiction [1]. Quelle que soit la réponse à cette question, il y a donc lieu de retenir cette clause ; ce fut d'ailleurs le cas pour toutes les formules juridictionnelles récentes examinées ou adoptées par l'Institut. Nous préférerions la formule indiquant la « voie diplomatique » à celle prévoyant des « négociations », son contenu étant plus général et son emploi plus usuel.

Plus difficile est la réponse à la question de savoir s'il est opportun de faire de la clause juridictionnelle de la Cour une clause purement additionnelle, ce qui reviendrait à accepter, en principe, la priorité d'une autre procédure arbitrale ou de conciliation ou même éventuellement différente [2].

Quelle que soit alors la formule employée, le différend ne peut être soumis à la Cour internationale de Justice avant l'épuisement et le non-aboutissement de la procédure arbitrale ou autre ; ou qu'il soit clair que les Parties, après l'échec des négociations diplomatiques, soient d'accord de soumettre directement le différend à la Cour internationale de Justice. Si la clause juridictionnelle ne contient pas de conditions détaillées, le problème de la concurrence entre la soumission du litige à la Cour ou à d'autres instances prévues par la clause se pose de la manière suivante : ce sera en dernière analyse la Cour qui décidera du moment où le litige relève de sa propre compétence. Ce problème reste cependant difficile à résoudre même pour la Cour dans le cadre d'une clause telle que celle

---

[1] Voir *C.P.J.I.*, Série A, N° 2, p. 30, ainsi que *Kaasik*, La clause des négociations diplomatiques dans le droit international positif et dans la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale, R.D.I.L.C., 1933, p. 62 et s.

[2] Le problème est analogue à celui qui se pose au sujet de l'interprétation de la rédaction — d'ailleurs défectueuse — de l'art. 33 de la Charte des Nations Unies. Selon cette disposition, les parties à tout différend

dont l'Institut a besoin pour ses projets de Résolution et de Convention et qui aura fatalement un caractère sommaire.

Dans la pratique conventionnelle, les formules employées divergent. Le *Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes* donne quelques exemples de la formule employée dans les traités bilatéraux et plurilatéraux aux pages 50 et suivantes. Si l'Institut ne désire pas admettre sans autre la juridiction obligatoire de la Cour après l'échec des négociations diplomatiques, on peut envisager les formules suivantes :

1. « Tout différend ... sera porté devant la Cour internationale de Justice, à moins que, dans un cas donné, les Parties ne conviennent d'avoir recours à un autre mode de règlement [1] ».
2. « S'il venait à s'élever entre les deux Hautes Parties contractantes un différend qui ne puisse être réglé de façon satisfaisante par la voie diplomatique ou par la voie de la médiation ou de l'arbitrage, les Parties ... porteront le différend devant la Cour internationale de Justice [2] ».
3. « La soumission aux fins de décision, à la Cour internationale de Justice ou de tout tribunal arbitral choisi d'un commun accord ... [3] ».

---

dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationale, doivent en rechercher la solution par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire etc. ou par d'autres moyens de leur choix avant que le règlement de fond prévu par le chap. VI de la Charte puisse intervenir.

[1] Art. IX de la Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées adoptée en vertu d'une Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies, à la date du 21 novembre 1947. *Annuaire de la C.I.J.*, 1947/48, p. 149.

[2] Traité d'amitié conclu entre la Chine et les Philippines le 18 avril 1947. *Annuaire de la C.I.J.*, 1947/48, p. 151.

[3] Loi sur la coopération économique (U.S.A.) destinée à la mise en application du Plan Marshall. *Annuaire de la C.I.J.*, 1947/48, p. 152.

4. « Au cas où un différend surgirait entre les Hautes Parties contractantes, ce différend sera réglé par des moyens pacifiques. S'il n'était pas possible d'arriver à un règlement par la voie de la négociation, les Hautes Parties contractantes s'engagent à reconnaître comme obligatoire, *ipso facto*, et sans Convention spéciale, la juridiction de la Cour internationale de Justice, conformément à l'art. 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour. Cet engagement ne s'appliquera pas aux différends pour lesquels les Parties décideraient de recourir à une autre forme de règlement pacifique [1] ».
5. « Tout différend, quel qu'il soit, qui viendrait à s'élever entre ... sera, s'il ne peut être réglé par négociations ou un autre moyen, soumis à la Cour internationale de Justice [2] ».

Notre préférence va à une clause simple qui autorise les Parties à convenir, dans un cas donné, d'avoir recours à un autre mode de règlement que la procédure juridictionnelle. Cette manière de procéder a, sur la formule employée à Bath dans les Résolutions présentées [3] — formule qui réserve outre la voie diplomatique la soumission préalable du différend à une « procédure arbitrale ou autre » —, l'avantage de rendre la situation après l'échec des négociations entre les Parties parfaitement claire. Si celles-ci ne conviennent pas d'un autre mode de règlement, par ex. de l'arbitrage éventuellement précédé d'une procédure de conciliation obligatoire ou facultative, le différend relèvera de la compétence obligatoire de la Cour. Le problème de la concurrence des instances est ainsi moins aigu. La Cour aurait, après l'introduction de la requête adressée au

---

[1] Traité d'amitié et de relations générales entre les Philippines et l'Italie signé à Rome le 9 juillet 1947. *Annuaire de la C.I.J.*, 1949/50, p. 180.

[2] Art. 19 de l'Accord de tutelle pour le Togo sous administration britannique, *Annuaire de la C.I.J.*, 1946/47, p. 227.

[3] Voir p. 461, notes 2 et 4.

greffier conformément à l'art. 40, al. 1, du Statut et de l'art. 32 du Règlement, à examiner d'office la question de savoir si la conversation diplomatique préalable a atteint le point mort et « qu'ainsi il est apparu avec évidence que le différend n'est pas susceptible d'être réglé par une négociation diplomatique [1] ».

En outre, elle aurait à examiner si les parties ont convenu, avant l'introduction de l'affaire à la Cour, de la soumettre à un autre mode de règlement, et si elles peuvent encore, de l'avis de la Cour, recourir à ce mode de règlement éventuellement même après l'introduction du litige devant cette instance.

dd) La clause insérée dans les deux Résolutions précitées et acceptées à la session de l'Institut à Bath donne enfin une dernière précision en affirmant que le différend relèvera *de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice, conformément à son Statut.* Dans aucune clause conventionnelle nous n'avons trouvé pareille précision. D'ordinaire, l'on se contente de dire d'une manière tout à fait générale que le différend sera porté devant la Cour ou l'on indique que les Parties reconnaissent *ipso facto* et sans Convention spéciale la juridiction de la Cour comme obligatoire. Le renvoi à la clause facultative de l'art. 36, al. 2, du Statut de la Cour que l'on rencontre dans certaines clauses paraît non seulement superflu mais même incorrect, étant donné que la compétence obligatoire de la Cour ne résulte pas, dans les cas que nous examinons, de l'acceptation de l'art. 36, al. 2, mais bien de l'art. 36, al. 1 du Statut. En effet, sa compétence dérive du fait que les Parties à une Convention plurilatérale se déclarent disposées à étendre la compétence de la Cour à certaines affaires sans pour cela reconnaître la juridiction internationale pour toutes leurs relations interétatiques, sous réserve des restrictions éventuelles, ainsi que l'entend l'art. 36, al. 2.

---

[1] *C.P.J.I.*, Série A, N° 2, p. 13.

Lorsqu'on cherche à interpréter la formule employée dans les Résolutions de Bath, l'on arrive à la conclusion que la soumission prévue du litige à la compétence obligatoire de la Cour est celle qui entre dans la catégorie de « tous les cas spécialement prévus ... dans les traités et conventions en vigueur » (art. 36, al. 1, du Statut de la Cour [1]). Le caractère obligatoire de cette compétence se voit encore précisé de la manière suivante : la compétence obligatoire en question n'est autre que celle définie dans le Statut de la Cour. Nous considérons cette précision comme fort heureuse, car elle rend superflu tout accord supplémentaire quant à l'introduction du litige et quant à la compétence de la Cour. Ce sont donc les articles 34 à 38 du Statut qui sont applicables dans l'espèce. L'affaire doit, en principe, être portée devant la Cour par requête unilatérale [2].

II

A la suite de cet examen de la question qui nous a été posée par la Commission des travaux de l'Institut, nous proposons la clause modèle de compétence obligatoire de la Cour inter-

---

[1] Voir au sujet de la compétence de la Cour en vertu d'un accord général: *Stauffenberg*, Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice internationale, éléments d'interprétation, 1934, pp. 263 et s.

[2] Nous n'avons pas à examiner ici la question de savoir si les Parties peuvent modifier d'un commun accord les dispositions mentionnées ci-dessus et prévues par le Statut. La réponse à cette question dépend de la solution que l'on donne à un autre problème, celui de savoir si et jusqu'à quel point le Statut a un caractère impératif, c'est-à-dire dans quelle mesure les Parties peuvent déroger à ses dispositions. Cf. *C.P.J.I.*, Série A, N° 22, p. 12 ; voir aussi *Guggenheim*, op. cit., t. II, p. 637. La question mériterait un examen approfondi qui, à notre connaissance, n'a jamais été entrepris.

nationale de Justice suivante ; elle pourrait, nous semble-t-il, être insérée dans les projets de Convention que l'Institut adopterait à l'avenir.

Tout différend qui viendrait à surgir au sujet de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention et qui n'aurait pas été réglé par la voie diplomatique relèvera de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice conformément à son Statut, à moins que les Parties ne conviennent d'avoir recours à un autre mode de règlement.

(Septembre 1951.)

VIII. L'arbitrage en droit international privé

(Quatorzième Commission)

Rapport et projet de Résolutions

présentés par

M. G. Sauser-Hall

I.

Introduction

Le Bureau de notre Compagnie nous ayant fait l'honneur de nous confier la mission de rédiger le rapport de la quatorzième Commission [1] qui doit s'occuper des conflits de lois auxquels donne lieu l'arbitrage privé, nous avons estimé utile, étant donné l'extrême complexité des questions à étudier, de faire précéder l'Exposé préliminaire qui est prévu par l'art. 4 du Règlement de l'Institut de quelques considérations générales, afin de délimiter exactement le sujet à traiter et de soumettre à l'appréciation des membres de la XIVe Commission un projet de Résolutions en les priant de nous faire parvenir leurs observations.

---

[1] La quatorzième Commission est ainsi constituée : M. Sauser-Hall (rapporteur); MM. Arminjon, Bagge, Batiffol, Bolla, Borel, Colombos, Kuhn, Lémonon, Lewald, Makarov, Meijers (membres).

Huit membres nous ont adressé les considérations et réflexions très intéressantes qui sont reproduites, *in extenso*, dans le présent rapport. Quatre d'entre eux ont pu, d'une manière générale et sous réserve de quelques points de détail que nous avons retenus, donner leur approbation aux idées fondamentales de votre rapporteur qui conduisent à admettre que la loi du lieu où la sentence est prononcée constitue en quelque sorte l'axe de l'arbitrage dans les relations de droit international privé. Les quatre autres membres mettent, au contraire, l'accent sur le caractère purement conventionnel de l'arbitrage privé et préconisent l'application de lois diffétentes, loi du domicile commun des parties, ou du lieu de la conclusion du contrat d'arbitrage, ou loi nationale des parties, ou loi du for. Aucune tendance commune ne se dégage de ces opinions; elles divergent entre elles; votre rapporteur est fondé à constater que, sa voix étant comprise, la majorité des membres qui ont répondu partage son point de vue. Il a néanmoins ressenti le besoin de soumettre à un nouvel examen et de mieux justifier les conceptions qui étaient à la base de son premier rapport.

La plupart des membres de la XIVe Commission qui ont bien voulu nous faire l'honneur de nous faire part de leurs observations, sont, en revanche, d'accord pour regretter que les problèmes que suscite l'exécution d'une sentence arbitrale dans les relations internationales n'aient pas été abordés. Ils sont d'avis qu'il importe de ne pas omettre ces questions, afin que l'Institut soit en mesure d'adopter des Résolutions qui couvrent le domaine tout entier de l'arbitrage en droit international privé.

Votre rapporteur avait estimé pouvoir se limiter aux conflits de lois que suscitent la conclusion des contrats d'arbitrage, la procédure de l'arbitrage, la reddition de la sentence et les moyens de recours et d'annulation, sans aborder les problèmes

de l'exécution de la sentence dans un autre pays que celui où elle a été rendue, car ces problèmes ont un caractère différent et sont en relation étroite avec les règles concernant l'exécution internationale des jugements.

Il n'a pas hésité cependant à donner satisfaction au désir exprimé par les membres de la XIVe Commission et il a introduit dans son rapport et dans le projet de Résolutions qui y est annexé, des textes complémentaires relatifs à la reconnaissance et à l'exécution internationales de la sentence arbitrale. Il a d'autant plus été porté à le faire qu'il ne peut méconnaître que les problèmes à traiter touchent aussi aux conflits de lois, et que plusieurs des observations qui lui ont été adressées les concernent directement. Il est indiscutablement utile en outre que soit ainsi épuisé le thème qui doit faire l'objet des Résolutions de l'Institut.

II.

Projet de Résolutions de l'Exposé préliminaire

Pour l'exacte compréhension des observations présentées à votre rapporteur par les membres de la XIVe Commission, il est indispensable de reproduire le projet qui leur a été soumis; il avait la teneur suivante :

L'Institut de Droit international,

Considérant qu'en raison de sa nature juridique *sui generis*, l'arbitrage privé ne peut être régi, dans les relations internationales, par une loi unique, car, bien que puisant son efficacité dans l'accord des volontés des parties qui se manifeste par le contrat d'arbitrage, il a un caractère juridictionnel impliquant l'application de règles de droit de procédure,

adopte les Résolutions suivantes :

A. *Questions générales*

Article 1er

Les parties sont libres dans le contrat d'arbitrage de faire usage de leur autonomie et d'indiquer l'Etat où le tribunal arbitral doit siéger; ce choix implique qu'elles entendent soumettre l'arbitrage privé à la loi de l'Etat de ce siège, dans la mesure indiquée par les dispositions qui suivront.

Si les parties ont expressément élu la loi applicable au contrat d'arbitrage, sans fixer le siège du tribunal arbitral, elles sont censées être tacitement convenues que celui-ci aura son siège sur le territoire de l'Etat dont la loi a été élue par elles.

Si les parties ont indiqué dans le contrat d'arbitrage l'Etat du siège du tribunal arbitral et adopté la loi d'un autre Etat pour régir le contrat d'arbitrage, il y a lieu :

a) de fixer le siège du tribunal arbitral dans l'Etat dont la loi a été élue, lorsque les droits des deux Etats ont consacré le principe que l'arbitrage doit avoir lieu sur le territoire de l'Etat dont la loi a été choisie par les parties,

b) de fixer le siège du tribunal arbitral dans l'Etat indiqué par les parties et de soumettre l'arbitrage à la loi de cet Etat lorsque la règle que l'arbitrage doit avoir lieu sur le territoire de l'Etat dont la loi a été choisie par les parties n'est admise par les lois d'aucun des deux Etats, ou ne l'est que par l'une d'elles.

Article 2

A défaut de siège expressément indiqué dans le contrat d'arbitrage ou tacitement déterminé par les parties, celles-ci sont censées avoir investi les arbitres du droit de fixer librement le lieu où siégera le tribunal arbitral, et ce choix, par interprétation de la volonté tacite des parties contractantes, détermine la loi applicable à l'arbitrage.

Au cas où les arbitres siégeraient successivement dans divers Etats, le siège du tribunal arbitral est censé établi au lieu de leur première réunion, sauf réserve expresse des arbitres en faveur d'un autre lieu, et la loi en vigueur dans le lieu du siège ainsi fixé est applicable à l'arbitrage.

Si les arbitres sont domiciliés dans des Etats différents et procèdent par voie de simple échange de correspondance, sans se réunir, le siège du tribunal arbitral est censé établi au domicile du surarbitre, éventuellement de l'arbitre unique, et, s'il n'y a pas de surarbitre, le siège du tribunal arbitral sera fixé de commun accord par les arbitres; dans toutes les éventualités, la loi applicable à l'arbitrage privé est celle du siège déterminé de l'une ou l'autre des manières indiquées.

B. *Capacité et pouvoir de compromettre*

Article 3

La capacité de compromettre est régie par la loi nationale des parties, ou par celle de leur domicile, selon les règles de rattachement de l'Etat du siège du tribunal arbitral.

Article 4

Le pouvoir de compromettre en tant qu'il concerne la nature juridique du litige, est régi par la loi applicable au fond du rapport litigieux; cette loi est déterminée par les règles de rattachement de l'Etat où siège le tribunal arbitral.

Le pouvoir de compromettre en tant qu'il concerne la nature même de l'arbitrage privé, en particulier la clause compromissoire, est régi par la loi du siège du tribunal arbitral.

La loi applicable au fond du litige d'après les règles de rattachement de l'Etat du siège du tribunal arbitral détermine si l'interdiction de compromettre résulte de la nature du litige ou de celle de l'arbitrage privé.

Article 5

L'Etat où les parties sont toutes deux domiciliées peut méconnaître, pour fraude à ses propres lois, le compromis ou la clause compromissoire interdit d'après ses lois, alors même que la loi du lieu du siège du tribunal arbitral reconnaît le pouvoir de compromettre des parties contractantes.

C. *Contrat principal et contrat d'arbitrage*

Article 6

Les conditions de validité du contrat d'arbitrage selon les principes généraux du droit des obligations ne sont pas nécessairement soumises à la même loi que celle applicable au contrat principal. Elles sont régies par la loi en vigueur dans le pays du siège du tribunal arbitral, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que le compromis ou la clause compromissoire fasse ou ne fasse pas partie intégrante du contrat principal.

D. *Forme*

Article 7

La forme du contrat d'arbitrage est régie par la loi en vigueur dans le pays où l'acte a été conclu. Néanmoins, le compromis ou la clause compromissoire qui ne répond pas aux exigences de forme de cette loi, est valable si les formes exigées par la loi du lieu du siège du tribunal arbitral ont été observées.

Les mêmes principes sont applicables à la forme de l'acte de désignation des arbitres, intervenu postérieurement à la conclusion du contrat d'arbitrage.

Sont réservées les dispositions d'ordre public de la loi du lieu où siège le tribunal arbitral.

E. *Arbitres et procédure*

Article 8

Les rapports contractuels entre les parties et les arbitres sont régis par la loi du lieu où siège le tribunal arbitral.

Cette loi indique aussi la composition du tribunal arbitral et les conditions que doivent remplir les arbitres pour pouvoir remplir leur mission. Elle est applicable aux motifs de récusation des arbitres, à leur révocation, au déport des arbitres et à ses conséquences, ainsi qu'aux causes mettant fin à l'arbitrage.

Les autorités compétentes pour procéder à l'élection des arbitres ou du surarbitre lorsque les accords des parties présentent des lacunes à ce sujet sont celles désignées par la loi du siège du tribunal arbitral.

La capacité civile des arbitres est réglée par la loi applicable selon les règles de rattachement de l'Etat de ce siège.

Article 9

La loi du lieu du siège du tribunal arbitral détermine si la procédure à suivre par les arbitres peut être librement établie par les parties, et si, à défaut d'accord à ce sujet entre les parties contractantes, elle peut être arrêtée par les arbitres ou doit être remplacée par les dispositions applicables à la procédure devant les tribunaux ordinaires.

Article 10

La loi du lieu du siège du tribunal arbitral est seule applicable pour décider si les arbitres ont la compétence de statuer sur la nullité du contrat d'arbitrage lorsqu'elle est invoquée devant eux par l'une des parties.

F. *Droit applicable au fond du litige. Recours*

Article 11

Le droit du lieu où siège le tribunal arbitral ne s'applique pas nécessairement au fond du litige, mais les règles de rattachement en vigueur dans cet Etat devront être suivies pour déterminer la loi qui est compétente à cet égard.

Les parties peuvent indiquer aux arbitres, dans les limites permises par les règles de rattachement de l'Etat du siège du tribunal arbitral, le droit sur la base duquel la sentence doit être rendue quant au fond.

Article 12

La loi du lieu du siège du tribunal arbitral est applicable au dépôt et aux formalités rendant la sentence exécutoire, ainsi qu'aux conditions auxquelles les voies de recours contre la décision des arbitres sont ouvertes aux parties; c'est elle qui désigne également les autorités auprès desquelles ces divers moyens de droit doivent être introduits.

III.

Observations des membres de la XIVe Commission

Ces observations sont divisées en deux catégories, la première comprend celles qui donnent leur approbation aux idées directrices de votre rapporteur, la deuxième, celles qui leur sont opposées.

A.

Observations de M. Eugène Borel

Genève, le 2 mai 1950.

Tout d'abord je tiens à rendre hommage au travail de notre rapporteur. L'étude si complète et pénétrante qu'il nous présente est de nature à fournir à la Commission une base solide pour sa propre tâche, qui lui est ainsi singulièrement facilitée.

D'une manière générale je me rallie à l'avis du rapporteur et au projet qui nous est soumis. Indépendamment de l'aspect scientifiquement juridique du problème en cause, on y trouve exprimé le souci de ce qui peut être recommandé pour assurer le mieux possible l'efficacité de l'arbitrage dans le rôle qu'il est appelé à jouer. C'est principalement à ce côté de la question que sont consacrées les observations qui vont suivre.

I. *Nature juridique de l'arbitrage*

De ce point de vue, l'arbitrage se présente sous deux formes distinctes :

1. *L'arbitrage entre parties.* Ici, constitution et cours de l'arbitrage, tout se passe d'un commun accord et demeure sur le terrain du droit privé, et dans certains cas hors d'une action positive du droit. C'est ainsi, pour ne citer qu'un exemple, qu'un groupe important d'industriels établis en plusieurs pays avaient institué à Genève un tribunal arbitral permanent, chargé de trancher souverainement tous différends surgissant entre eux au sujet des conventions qu'ils avaient signées. Pendant quinze ans ce tribunal a rendu plus de cent sentences, toutes exécutées sans recours, difficulté ni délai quelconque, et seule la dernière guerre mondiale a mis fin aux accords de base et par conséquent à son activité.

D'un cas pareil, où tout procède d'une confiance acceptant le risque, nous n'avons pas à nous occuper, pas plus que l'état de santé parfaite n'intéresse le médecin.

Le problème naît pour nous au moment où le jeu du règlement amiable et spontané s'arrête à la résistance d'une partie, dont le refus de se conformer à la sentence place le problème sur le terrain juridictionnel. Pour le vaincre l'autre partie devra recourir au tribunal ordinaire du lieu d'exécution, car c'est là que la décision de ce juge aura force efficace. Et ici vont commencer les difficultés. Si le juge est autorisé par sa loi à reconnaître à la sentence de l'arbitre la valeur d'une décision dont le récalcitrant devait le respect à sa contrepartie, il considérera ce dernier comme lié *ex contractu* et, en vertu de cette obligation, il prendra la dite sentence comme base de sa propre décision, ainsi qu'à Rome le préteur le faisait à l'égard du verdict du judex désigné par lui. Mais il n'agira ainsi qu'à la condition que ni le contrat stipulant l'arbitrage, ni la sentence de l'arbitre ne se heurtent à une disposition légale appliquée par lui. Si, par contre, au lieu d'exécution la loi n'admet l'arbitrage que sur le plan juridictionnel, la sentence arbitrale n'aura aucune valeur officielle aux yeux du tribunal ordinaire. Devant ce dernier le procès devra être repris *ab ovo*, et le juge ne prendra en considération la sentence arbitrale que lorsque, dans son appréciation entièrement libre, il lui reconnaîtra quelque valeur intrinsèque.

Un procédé qui s'effondre ainsi au moment où il devrait devenir véritablement efficace ne répond guère à l'idée d'un arbitrage dans le sens véritablement juridique du terme. Il ne paraît pas mériter que la Commission s'y arrête longuement.

2. Entièrement différent est l'arbitrage que je voudrais appeler *juridictionnel*. Certes, ici également, le point de départ est un contrat au sujet duquel naît le litige à trancher et qui, généralement, contient la clause stipulant la solution arbitrale d'un pareil différend. Mais d'emblée l'arbitrage se déroule sur

un tout autre plan. La meilleure preuve c'est que l'arbitrage ne pourra pas procéder d'une simple clause de ce genre. A défaut d'un compromis d'arbitrage en règle, le demandeur devra recourir au juge ordinaire, dont le jugement, tenant lieu de compromis, dictera et organisera l'arbitrage. Dans les deux cas la base ainsi créée n'est plus le contrat même. Le compromis, œuvre des parties, est fondé sur la délégation de pouvoir — conférée par l'Etat aux conditions et dans les limites fixées par la loi — leur permettant de se donner des juges, de placer l'arbitrage sous l'empire d'une loi déterminée, de fixer la procédure, etc., toutes choses de caractère éminemment juridictionnel. Et cela est encore plus manifeste si à défaut de compromis amiable, c'est un jugement qui ouvre la voie à l'arbitrage.

Qu'il y ait compromis ou jugement, l'arbitre (terme pris ici dans un sens général) n'est ni un simple mandataire, ni même le judex que s'adjoignait le préteur romain. Il est juge, tenant sa fonction de la loi, ne suivant qu'elle, à la lumière de sa conscience, et rendant une sentence qui tranche elle-même le litige, et ce dans le cadre du compromis ou du jugement le remplaçant, de même que le juge ordinaire décide dans les limites de sa compétence et le cadre tracé par les conclusions des parties.

3. Ainsi donc, à la notion unique d'un arbitrage de nature mixte on peut, je crois, préférer celle qui sépare les deux procédés en distinguant l'arbitrage de caractère contractuel et le véritable arbitrage, dont le caractère est essentiellement juridictionnel.

II. *La loi de l'arbitrage*

Placé dans la fonction judiciaire, l'arbitrage ne se conçoit que rattaché à une loi appelée à le régir et dans laquelle il trouve la base et l'appui qui en assurent la valeur légale et l'efficacité. Cette loi, les parties doivent la désigner, au besoin

indirectement (siège du tribunal, désignation par les arbitres ou faute d'accord par le juge). De plus, le rattachement n'aura d'effet que s'il est valable, efficace aux yeux de la loi même ainsi choisie et une simple référence dans le compromis risque de demeurer insuffisante si elle n'est pas renforcée par un lien créé avec la juridiction du même Etat. Ce lien, tout naturel et impérativement indiqué, c'est le siège de l'arbitrage sur le territoire dudit Etat. A cet égard la loi italienne (v. *infra*, p. 64) répond à la nature des choses et peut être donnée en exemple. Ce siège établi, le Tribunal arbitral pourra sans inconvénient avoir des séances ailleurs pourvu que la sentence soit rendue dudit siège, même si elle a été établie par correspondance.

Le rattachement ainsi assuré permet de soumettre à la loi et aux tribunaux de l'Etat en cause toutes difficultés surgissant au cours de l'arbitrage, dans toutes les hypothèses signalées par le rapport.

C'est selon la lettre de cette loi ou dans son esprit qu'au besoin le tribunal ordinaire compétent tranchera tout problème que les arbitres ne pourraient résoudre eux-mêmes, y compris la référence à une loi étrangère qui serait jugée applicable, même dans le silence du compromis.

En résumé j'estime, comme le rapporteur, qu'entre la loi régissant l'arbitrage et le siège de ce dernier le lien est tel que, s'il n'est pas établi, l'arbitrage risque d'aller à l'aventure et d'aboutir à une impasse. La première conséquence de pareille négligence, c'est le risque que les juridictions en présence se déclarent incompétentes, le moment venu, l'une parce que le siège de l'arbitrage est hors de son ressort, l'autre parce que le seul fait, souvent fortuit, du siège du Tribunal arbitral ne suffirait pas pour lui permettre de se saisir d'un litige dans lequel l'application de la loi étrangère ne pourrait avoir lieu que de par la volonté de la loi nationale, tenue ici implicitement pour inapplicable.

Sans reprendre ici toutes les questions mentionnées dans le rapport, je me bornerai à constater qu'à leur égard ce dont il faut tenir compte dans chaque cas, c'est, en dehors de la loi régissant l'arbitrage, les *jus cogens* des Etats sur le territoire desquels la sentence arbitrale est appelée à déployer ses effets. En dehors de cette nécessité imposée par la nature des choses, la recherche de la meilleure solution en théorie pour chaque hypothèse concevable me paraît d'intérêt scientifique plutôt que pratique. En revanche, cette nécessité m'amène au problème de l'exécution de la sentence arbitrale.

III. *L'exécution de la sentence arbitrale*

Dans tous les Etats qui le placent sur le plan juridictionnel, l'arbitrage est soumis à un contrôle exercé par les tribunaux ordinaires :

a) sur recours de l'une ou de l'autre des parties, y compris l'appel si — la loi leur permettant de l'exclure — elles n'ont pas fait usage de cette faculté ;

b) en tout cas au moment où la sentence arbitrale est soumise au juge compétent aux fins d'exequatur.

Le contrôle appartient aux tribunaux compétents de l'Etat dont la loi régit l'arbitrage et où se trouve le siège. Le premier (lettre *a*) est exercé dans les limites des conclusions prises, le second (lettre *b*) porte sur tous les points entrant en ligne de compte pour la validité de la sentence.

L'exequatur rend la sentence exécutoire sur le territoire de l'Etat en cause. L'exécution ailleurs dépend d'un deuxième exequatur accordé soit en vertu d'un traité international en vigueur, soit, à défaut, de la décision du tribunal compétent dans l'Etat où l'exécution est requise. Ici interviennent notamment les dispositions d'ordre public de cet Etat, réservées

régulièrement dans les traités internationaux et, à défaut, appliquées par le tribunal saisi de la demande d'exequatur. Cet obstacle ne paraît admettre aucun « distinguo ». Le premier remède se présentant à l'esprit, c'est de choisir l'Etat du lieu d'exécution et pour la loi régissant l'arbitrage et pour le siège du Tribunal arbitral ; à défaut, ce *jus cogens* devra être observé au cours de l'arbitrage sur tous les points auxquels il s'étend.

IV. *Le projet*

Les observations qui vont suivre portent sur le fond, la question de rédaction demeurant réservée.

En matière de terminologie, je conserve ici le terme de « compromis » pour désigner ce que le projet appelle le contrat d'arbitrage. Ce terme me paraît mieux marquer la différence d'avec la simple clause compromissoire figurant dans le contrat d'où le litige est issu et qui, à elle seule, ne suffit pas dans nombre d'Etats, pour la mise en œuvre de l'arbitrage.

Art. 1 et 2. — Avec raison le projet tend à assurer la combinaison : « loi et siège » ; mais qui décidera dans les deux hypothèses prévues à l'al. 3 ? Ne pourrait-on pas dire que, si les parties choisissent la loi, cela implique la fixation conforme du siège, et vice versa ? A supposer que l'on maintienne néanmoins l'al. 1er de l'art. 2, il sera prudent de dire que le choix a lieu valablement « à la majorité ». Un arbitrage à deux arbitres ne se conçoit qu'en vue d'une tentative d'accord suivie, en cas d'insuccès, de la nomination d'un surarbitre, et, dans l'esprit de l'art. 2, c'est apparemment lui qui déciderait.

Envisager des sièges successifs ou multiples, ce serait ajouter de grosses complications dans un problème déjà suffisamment ardu en lui-même. Mieux vaut s'en tenir à un seul siège stable, avec faculté pour le Tribunal arbitral d'avoir des séances ailleurs. Pour autant qu'il s'agirait de mesures appelant l'inter-

vention de l'autorité (par exemple l'audition de témoins refusant de se présenter volontairement) la seule voie sûre est celle d'une commission rogatoire décernée par le juge ordinaire du siège sous l'empire de la loi régissant l'arbitrage.

Art. 3. — Le recours à la loi nationale ou du domicile de chaque partie ne paraît nécessaire qu'à l'égard du *jus cogens* d'un Etat sur le territoire duquel la sentence doit déployer ses effets. Mais la loi qui doit être observée en tout état de cause, c'est celle qui régit l'arbitrage.

Art. 4. — Ad al. 3. La loi régissant le fond du litige ne touche pas nécessairement à la capacité de compromettre. Sur ce point elle ne paraît devoir être consultée que si c'est nécessaire pour assurer l'exécution dans l'Etat où règne cette loi.

Art. 5. — L'appréciation de la question de la *fraus legis* n'appartient-elle pas, tout naturellement, à l'Etat sur le territoire duquel l'exécution est requise ? A quel point de vue pourrait-elle intéresser le juge de l'Etat dont la loi régit l'arbitrage et où se trouve le siège, cette loi même étant respectée ?

Art. 6 à 9. — D'accord, en ce sens, conforme apparemment à l'idée du rapporteur, que la loi du siège est en même temps la loi régissant l'arbitrage.

Art. 10. — Normalement, semble-t-il, la question de la validité du compromis se pose devant un arbitre au moment où il est appelé à accepter ou refuser la mission qui lui est offerte. Si néanmoins elle surgit ultérieurement devant le Tribunal arbitral, il paraît normal de dire qu'à moins d'interdiction formulée dans la loi, il lui appartient d'en connaître (sous réserve des voies de recours), la validité du compromis étant la condition primordiale de son activité.

Art. 11 et 12. — Pas d'observations.

Eugène Borel

Observations de Mr. Arthur K. Kuhn

New-York, May 8th, 1950.

My dear and Honored Colleague :—

This will acknowledge your letter of April 12th, enclosing your Preliminary Report of the Fourteenth Committee of the Institut de droit International relating to L'Arbitrage en Droit International privé.

Permit me to compliment you on this excellent report in a field that is comparatively new.

I have no suggestion to make to the general part of the report as this should be free to express the opinions of the Rapporteur.

With regard to the Projet de Résolutions, I entirely agree that arbitration among private individuals cannot be covered by a uniform law because it is controlled by the laws of procedure of the particular jurisdiction in which the result of the arbitration is sought to be made effective.

With respect to the proposed Resolutions, I would say that the Articles under A. "Questions Générales", are reasonable. Of course, the presumptions under the Resolutions are not necessarily those which would be taken by an American court. It would depend upon the circumstances of each case. However, as I understand, the Resolutions are intended to lay down a reasonable norm which can be adopted as a standard in arbitration agreements.

With respect to the Articles under B. " Capacité et pouvoir de compromettre ", I would suggest the following :

Art. 3. — I would suggest that in addition to mentioning the national law of the parties, or that of their domicile, there should be added a phrase "or that of the place of making the contract". Under American law, the capacity of the parties

is ordinarily referred to the *lex loci contractus*. In an earlier period, the law of the domicile was considered authoritative, but I think it is now recognized as a general principle that this no longer applies. It is quite possible, of course, that the *lex loci contractus* might have a renvoi to the domicile. However, Art. 3 attempts to mention the various possible rules; therefore, I think it is wise to add the clause suggested.

Art. 5. — Here too, the reference to the law of the domicile would be immaterial under American law; but I see no reason to change the language of the Article because you merely use the phrase " *peut* méconnaître ".

With respect to the other Articles, I see nothing inconsistent with American law. For the most part, I suppose they are intended for inclusion in some standard form of arbitration contract.

Please accept my assurance of sincere respect and cordial regards.

Arthur K. Kuhn

Observations de M. Alexandre Makarov

Tübingen, le 16 mai 1950.

Cher Monsieur et très honoré Confrère,

C'est avec le plus grand intérêt que j'ai lu votre excellent rapport préliminaire sur « l'arbitrage en droit international privé ». Je me rallie à votre thèse sur la nature *sui generis* de l'arbitrage et ce ne sont que les observations suivantes suggérées par la lecture de votre exposé si détaillé et si bien fondé que je me permets de vous faire parvenir.

1. Vous limitez votre rapport aux conflits de lois que suscitent la conclusion des contrats d'arbitrage, la procédure de l'arbitrage, la reddition de la sentence et les moyens de recours

et d'annulation, sans aborder le problème de l'exécution de la sentence dans un autre pays que celui où elle a été rendue.

Vous avez absolument raison lorsque vous dites que ce problème de l'exécution de la sentence a un caractère différent. Mais d'autre part ce problème ne doit-il pas être considéré comme le couronnement de toute la procédure d'arbitrage, et n'a-t-il pas dans la pratique quotidienne une importance de tout premier ordre ? Pour autant que vous abordez les questions se rapportant à l'élection des arbitres, à la procédure à suivre par eux, aux formalités rendant la sentence exécutoire, ainsi qu'aux conditions auxquelles les voies de recours contre la décision des arbitres sont ouvertes aux parties, vous dépassez les questions se rapportant aux problèmes de conflits de lois dans le sens strict de ce mot. Il me semble même que les conditions préalables de l'exécution d'une sentence arbitrale qui peuvent se rapporter aux matières de votre exposé doivent influencer dans une certaine mesure la réglementation de ces matières, et que par conséquent les problèmes liés à l'exécution d'une sentence arbitrale ne peuvent pas être éliminés lorsque nous abordons la réglementation de l'arbitrage en droit international privé. Je me pose donc la question de savoir si le rapport de notre Commission ne devrait pas être complété par un exposé des problèmes se rapportant à l'exécution des sentences arbitrales : dans ce cas le thème faisant l'objet de nos investigations serait épuisé par notre rapport.

2. Après avoir fait cette observation d'ordre général, je me permets de faire les observations suivantes concernant le contenu de quelques articles de votre projet de Résolutions.

A. *Art. 2, alinéa 3.* — La loi du lieu du siège du tribunal arbitral est d'une importance décisive dans un nombre d'articles de votre projet. Vous dites dans l'article 2, al. 3 : « Si les arbitres sont domiciliés dans des Etats différents et procèdent par voie de simple échange de correspondance, sans se réunir,

le siège du tribunal arbitral est censé établi au domicile du surarbitre... » Je me pose la question suivante : si le choix du surarbitre est confié aux arbitres, peut-on dans ce cas éliminer totalement les parties et considérer les arbitres compétents pour fixer, par voie d'élection du surarbitre, la loi du siège du tribunal, la loi dont l'importance est de tout premier ordre ?

B. *Art. 3.* — « La capacité de compromettre est régie par la loi nationale des parties, ou par celle de leur domicile, selon les règles de rattachement de l'Etat du siège du tribunal arbitral. » — Comment doit-on procéder si les règles de conflits de l'Etat du siège du tribunal arbitral emploient un rattachement autre que la loi nationale des parties ou celle de leur domicile ? Par exemple la Lex loci contractus (cf. Dicey's *Conflict of Laws*, 6th Edition by Morris, 1949, pp. 620 et ss.; p. 622 : « In modern times courts in Scotland, the Transvaal and Saskatchevan have held that the capacity to contract is governed by the law of the place where the contract was made; « Cheshire, *Private International Law*, 3d ed., 1947, pp. 263 et ss.; Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws*, II, p. 1177 : « The law of the place of contracting should govern capacity to contract in all cases... »).

Il me semble donc qu'il suffit de dire dans l'article 3 : « La capacité de compromettre est régie selon les règles de rattachement de l'Etat du siège du tribunal arbitral. »

C. *Art. 11, alinéa 1.* — « Le droit du lieu où siège le tribunal arbitral ne s'applique pas nécessairement au fond du litige, mais les règles de rattachement en vigueur dans cet Etat doivent être suivies pour déterminer la loi qui est compétente à cet égard. »

Je me pose la question de savoir si la première partie de cette disposition contenant une formule négative n'est pas superflue. Je proposerais donc de dire :

« La loi applicable au fond du litige est déterminée par les règles de rattachement en vigueur dans l'Etat où siège le tribunal arbitral. »

Veuillez agréer, cher Monsieur et très honoré Confrère, l'expression de mes sentiments les plus dévoués.

A. Makarov

Observations de M. Henri Batiffol

Lille, le 5 juin 1950.

Monsieur et cher Confrère,

N'ayant pu lire que tardivement votre rapport, j'ai cru qu'il n'était plus temps de vous faire part de mes réflexions. Mais puisque vous me dites qu'il n'en est pas ainsi, — et je suis honoré que vous teniez à me le rappeler — je me fais un devoir et un plaisir de vous faire part de mes observations.

J'ai vivement admiré l'intérêt et la clarté de votre rapport; son érudition comparative est remarquable et lui donne un prix tout particulier.

Je partage votre manière de voir sur l'objet du rapport, et aussi sur la question fondamentale de la nature mixte de l'arbitrage. Je vous suis également sans difficulté dans tous vos développements du § V jusqu'à la fin.

Sur la compétence de la loi du pays où l'arbitrage doit avoir lieu, j'ajouterais volontiers que la jurisprudence dans beaucoup de pays regarde la clause d'arbitrage dans un certain Etat comme valant adoption de la loi de cet Etat : cette orientation souligne les liens de l'arbitrage avec le lieu où il est rendu, puisque la loi de ce lieu s'appliquera, faute d'indice mieux caractérisé, au contrat même qui contient la clause.

Sur un point important j'ai quelque peine à vous suivre : j'ai l'impression qu'on échappera en fait difficilement à la solution que vous repoussez *infra* p. 84 et d'après laquelle le

juge de chaque pays appréciera si les règles de compétence de sa propre loi permettaient ou non le compromis; la solution n'est certes pas satisfaisante, mais je me demande si on peut l'éviter dans l'état actuel de l'organisation internationale; elle me paraît une conséquence inéluctable de la séparation des ordres juridiques internes. La distinction de Bartin me paraît incertaine et difficilement applicable.

Je crains d'autre part qu'on n'oppose à votre solution *infra* p. 72 que si le compromis est muet sur le lieu d'exécution de l'arbitrage, il devra être soumis à la loi du lieu de sa conclusion, car on admet facilement que si un contrat ne comporte aucun lieu d'exécution déterminé, le lieu de conclusion fixera la loi applicable. J'entends que le compromis n'est pas un contrat comme les autres, et j'admettrai volontiers votre solution, mais l'objection est à prévoir. En tout cas votre solution s'imposerait si le lieu de conclusion lui-même n'apparaissait pas.

Je vous suggérerais de tenir compte de ce que les Américains tendent à soumettre la capacité de contracter à la loi du contrat plutôt qu'à celle du domicile, et la tendance existe aussi en Angleterre.

Je demande à réserver encore mon jugement sur la délicate question que vous soulevez très opportunément de savoir si on peut dissocier la clause d'arbitrage et le contrat principal en ce qui concerne leur validité. Elle me paraît vraiment embarrassante et je désire y réfléchir encore.

J'espère que ces réflexions ne vous paraîtront pas trop sèches et condensées; je me ferai en tout cas un plaisir d'en reparler avec vous à Bath en privé comme en public, et vous prie de croire, Monsieur et cher Confrère, à mes sentiments les plus distingués et dévoués.

H. Batiffol

B.

Observations de M. Ernest Lémonon

Paris, le 14 mai 1950.

Mon cher Collègue,

J'ai pris connaissance avec beaucoup d'intérêt de votre remarquable rapport sur l'arbitrage en Droit international privé. Puisque vous voulez bien me le demander, je me permets de vous soumettre les quelques observations ci-après.

Il me semble que vous donnez, dans l'ensemble de votre étude, une place peut-être trop étendue au lieu du siège du Tribunal arbitral. Si l'arbitrage a bien un caractère mixte, comme vous le soutenez, je crois qu'il tient beaucoup plus du droit privé que du droit de procédure. Aussi personnellement, serais-je plutôt partisan d'adopter, pour la solution de certains des problèmes envisagés dans votre étude, d'autres critères que le critère presque unique du siège du Tribunal.

1° En ce qui concerne le siège du Tribunal, je me rallierai volontiers à la première de vos propositions : celle visant l'hypothèse où le compromis d'arbitrage a fixé la loi applicable à l'arbitrage, mais n'a pas fixé le siège du Tribunal : on peut fort bien comprendre, comme vous le proposez, que le siège soit fixé dans le pays dont la loi s'applique.

Par contre, dans l'hypothèse où le compromis a fixé le siège et la loi applicable, je ne vois pas au juste la raison de ne pas faire confiance aux parties parce que la loi fixée par elles n'est pas celle du siège. Il me semble au contraire que la volonté des parties doit toujours être respectée.

2° Je me retrouve d'accord avec vous, partiellement au moins, à propos du paragraphe 1 de l'article 2 de vos Résolutions qui envisage le cas, si j'ai bien compris, où ni la loi ni le siège n'ont été fixés : les arbitres auraient toute liberté, comme vous le proposez, pour fixer le siège à leur guise. Mais pourquoi, dans ces conditions, ne pas leur laisser également toute liberté pour déterminer la loi applicable et les obliger à suivre la loi du siège — lequel peut du reste être fixé pour de simples raisons occasionnelles ou de commodité personnelle ?

De même, si les arbitres se déplacent ou font leur arbitrage par correspondance, je ne vois pas de raison juridique de leur imposer un siège, tout à fait arbitraire du reste. N'est-il pas plus simple et plus logique de les laisser libres de fixer à leur guise le siège de leur Tribunal, de même qu'ils doivent à mon sens rester libres de fixer la loi applicable, dans le silence des parties.

3° La capacité et le pouvoir de compromettre devrait, à mon sens, relever de la loi nationale des parties : n'est-ce pas elle qui fixe leur capacité, et aussi les litiges qui peuvent ou ne peuvent pas être déférés à l'arbitrage ?

4° L'article 5 me semble devoir s'appliquer à l'exécution de la sentence arbitrale qui doit pouvoir être, dans certains cas, refusée quand la loi du lieu de l'exécution n'admet pas la capacité ou le pouvoir de compromettre, en vertu desquels l'arbitrage a eu lieu.

5° La validité du contrat d'arbitrage dépend, essentiellement, à mon sens, de la loi nationale des parties. Pourquoi la faire dépendre de la loi du siège, lequel est encore une fois un élément bien fragile ?... Le siège d'un arbitrage entre un Péruvien et un Danois, motivé par des biens au Canada, peut être fixé en Suisse, parce que les arbitres désignés y résident. Est-ce une raison pour rendre la loi suisse applicable à la question de savoir si le contrat d'arbitrage est valable ou non ?

5° En ce qui concerne la forme du contrat d'arbitrage, je suis d'accord avec vous pour que la loi applicable soit celle du lieu où l'acte a été conclu.

7° Les rapports des arbitres et des parties doivent être régis par la loi nationale des parties : ils font partie intégrante du contrat d'arbitrage lui-même. C'est en connaissance de ces rapports tels que fixés par leur loi nationale que les parties ont conclu. Va-t-on leur imposer, pour leurs rapports avec les arbitres, des règles qu'elles ignorent et qui dépendent du lieu fixé arbitrairement par les arbitres, pour tenir séance ?

8° De même, pour la procédure à suivre par le Tribunal, dans le cas où les parties ne l'ont pas elles-mêmes fixée. Si elle a été fixée par les parties, les arbitres n'ont qu'à s'incliner. Il leur était loisible de décliner leur mission si cette loi ne leur convenait pas.

9° De même encore pour la compétence des arbitres à statuer sur la nullité du contrat d'arbitrage. Ce contrat a été passé dans la forme du lieu où il a été conclu, mais selon les règles de fond posées par la loi nationale des parties.

10° Si les parties ont indiqué le droit sur la base duquel la sentence doit être rendue, les arbitres n'ont qu'à s'incliner. Si elles n'ont rien dit, c'est à la loi nationale des parties qu'il convient de se référer.

11° Je partage votre sentiment sur la question envisagée dans l'article 13 de vos Résolutions, les arbitres devant appliquer la loi du siège pour les formalités consécutives au prononcé de la sentence.

Telles sont, mon cher collègue, les quelques observations que je me permets de vous soumettre. Ce qui motive chez moi une certaine répugnance pour les conséquences à tirer du siège du Tribunal arbitral, c'est que je crois, comme je l'ai déjà noté, que ce siège est très souvent l'effet du hasard ou tout au

moins l'effet de circonstances indépendantes de la volonté des parties. Or, je crois que c'est cette volonté qu'il faut surtout prendre en considération. Les parties connaissent leur loi nationale et non celle du siège où il pourrait plaire aux arbitres de se fixer. C'est à cette loi qu'elles ont fait confiance en signant leur compromis d'arbitrage.

Je n'ignore pas les conflits qui peuvent exister entre les lois nationales de deux contractants de nationalité différente. Comment ces conflits doivent-ils se résoudre, c'est là une question importante et délicate. Mais elle devrait faire l'objet d'une autre étude, et je ne crois pas devoir l'envisager ici, puisque vous l'avez vous-même laissée de côté quand, par exemple, dans l'art. 3 de vos Résolutions, vous avez admis l'applicabilité de la loi nationale des parties.

Voulez-vous bien croire, mon cher Collègue, à mes plus distingués et dévoués sentiments.

Ernest Lémonon

Observations de M. Pierre Arminjon

Genève, le 15 mai 1950.

I. *Observations générales*

1. — Le projet attribue une compétence extrêmement étendue à la loi du pays où siège le tribunal tout en donnant, dans une large mesure, aux parties, la faculté de désigner ce pays et de rendre applicable une autre loi que celle qui y est en vigueur, mais il leur refuse cette dernière faculté dans le cas prévu à l'art. 2 (b). Il rend les règles de rattachement de la loi du pays où siège le tribunal exclusivement applicables dans les cas prévus aux art. 3, 4, 8 al. 4.

En soumettant, d'une part, à la loi du pays où siège le tribunal arbitral les conditions de validité du contrat d'arbitrage, la forme de ce contrat (dans le cas prévu par la seconde

disposition de l'art. 7 al. 1), les rapports contractuels des parties et des arbitres, la composition du tribunal, les pouvoirs des arbitres, la procédure qu'ils doivent suivre, les formalités qui rendent la sentence exécutoire, etc. et en déclarant, d'autre part, les règles de rattachement de cette loi applicables dans plusieurs hypothèses, le projet a, sans doute, assimilé le tribunal arbitral à un tribunal au sens propre du mot et la sentence arbitrale à un jugement.

A cette assimilation et aux règles qu'elle a inspirées, on peut faire les objections suivantes :

Quand il s'agit d'un tribunal, au sens propre du mot, le pays où il siège, sa compétence, sa procédure, ne dépendent pas de la volonté réelle ou présumée des parties, sauf dans les cas exceptionnels prévus par la *lex fori*, ni de celle des juges. Les règles positives ou de rattachement que les juges doivent appliquer sont celles de la législation du pays où ils exercent leur juridiction.

Il en est tout autrement du tribunal arbitral. L'application de la loi du pays où il siège, en supposant que ce pays existe, sera souvent irréalisable et, dans de nombreux cas, elle donne des résultats inadmissibles. C'est pourquoi le projet attribue compétence éventuellement à plusieurs autres lois dont l'application ne sera parfois pas plus aisée.

Il est souvent très difficile et même impossible de déterminer le pays ou les pays dans lesquels siègent les arbitres. Pour y parvenir le rapport fait usage de diverses présomptions : « Les parties sont censées être tacitement convenues » (art. 1 al. 2, et art. 2 al. 1) ; « Le siège du tribunal arbitral est censé établi » (art. 2 al. 2, et même article al. 3). En réalité, pour déterminer ce pays ou ces pays et, par conséquent pour déterminer les lois compétentes, le projet recourt à des circonstances multiples : volonté présumée des parties (art. 1 al. 3), volonté des arbitres (art. 2 al. 1), première réunion des arbitres

(art. 2 al. 2), domicile de l'arbitre ou du surarbitre (art. 2 al. 2), lieu dont la loi a été élue par les parties (art. 1 al. 2), etc.

En dépit de ces présomptions qui déjoueront fréquemment les prévisions des parties et des arbitres, la loi compétente ne pourra pas, dans les cas que j'indiquerai, être déterminée.

Ce qui augmente la complication et l'incertitude, c'est que le projet fait application tantôt des règles de rattachement de la loi compétente (art. 3, art. 4 al. 1, art. 8 al. 4, art. 11 al. 1).

Je crains que les parties, les arbitres et les juges aient quelque peine à connaître et à observer des lois aussi nombreuses dont la compétence dépend de tant de circonstances, de présomptions, de renvois et que les tiers puissent difficilement savoir quelle est celle de ces lois qui est applicable.

Il me semble que pour éviter ces difficultés et cette incertitude, il faudrait, en faisant la part la plus large à l'autonomie des parties, résoudre la question objet de l'arbitrage, au moyen de règles toujours susceptibles d'être appliquées, d'une application facile et tirées de circonstances moins accidentelles et moins variables que le pays dans lequel les arbitres ont siégé.

2. — Le projet traite seulement de l'arbitrage privé. Je pense qu'il conviendrait de consacrer un article à l'arbitrage imposé par une loi qui fixe son objet, les personnes auxquelles elle s'applique, les conditions d'aptitude que doivent remplir les arbitres, leurs pouvoirs et leurs obligations, sans pourtant « que le législateur ait institué une organisation investie de la qualité d'arbitre », comme le prévoit le rapport.

Si l'arbitrage est obligatoire, les arbitres doivent appliquer les règles de la loi qui l'impose, même s'ils ont siégé hors du territoire où elle est en vigueur.

S'agissant de l'arbitrage volontaire, j'estime, comme le fait, dans une large mesure, le rapport, que les parties ont,

dans les limites que trace à leur autonomie la loi que j'indiquerai plus loin, la faculté de régler la procédure selon laquelle les arbitres devront délibérer et statuer et de leur prescrire d'appliquer la loi qu'elles désigneront. Le compromis est, en effet, une sorte de transaction et les parties peuvent, grâce à lui, régler le litige comme elles l'entendent en observant les règles de la loi applicable à cette convention.

Suivant quelle loi les arbitres délibéreront-ils et rendront-ils leur sentence si les parties n'ont pas exercé cette faculté ?

Etant donné que les arbitres remplissent leurs fonctions, quoi qu'en dise le rapport, en qualité de mandataires des parties, on ne voit pas à quel titre ils devraient le faire conformément à la loi du pays, parfois inexistant, dans lequel ils siègent ou sont censés siéger et dans lequel leur sentence n'aura souvent aucun effet, si les parties n'ont dans ce pays ni leur résidence, ni leur domicile.

Supposons que deux arbitres, domiciliés et résidant l'un en Angleterre, l'autre en Italie, se réunissent en France, où ils restent vingt-quatre heures pour y juger, entre deux Suédois domiciliés et résidant en Suède, un litige relatif à des biens situés en Suède. Pour quelles raisons la loi française devrait-elle être observée ?

J'ai donc proposé, dans les articles 4, 5, 6 de mon contre-projet, d'appliquer au jugement du litige, si les parties n'ont pas désigné la loi applicable, celle du pays où elles ont leur résidence habituelle commune et, si elles résident dans des pays différents, la loi du pays où elles ont conclu le compromis. Cette règle, qui me semble simple et facile à suivre, me paraît répondre à l'intention des parties. Elles n'ont sans doute pas prévu que les arbitres siégeraient dans tel ou tel pays et qu'ils appliqueraient une loi qu'elles ignorent, il est donc vraisemblable qu'elles ont cru que la question en litige serait résolue conformément à la loi du pays où elles résident.

Dans le cas où les parties ont leur résidence habituelle dans des pays différents et où le compromis a été conclu dans un autre pays, on peut présumer qu'elles se sont référées tacitement à la loi de ce dernier pays.

Je crois que ces solutions s'imposent quand le pays dans lequel les arbitres ont siégé ne peut être déterminé et quand ils ont délibéré par correspondance.

3. — Le projet mentionne tantôt « l'Etat » (art. 1, 2, 4, 5), tantôt le « lieu » (art. 2, 8, 9, 10), tantôt le « pays » (art. 7) à propos du siège du tribunal arbitral, du domicile des parties, de la loi applicable à la forme du contrat, etc.

Je propose de dire toujours « le lieu » ou « le pays ». Le territoire d'un Etat peut, en effet, être divisé en provinces ou en régions dans lesquelles des législations différentes sont en vigueur et qui ont une organisation juridictionnelle propre, par exemple la Grande-Bretagne, les Etats-Unis.

4. — L'art. 7, relatif à la forme du contrat d'arbitrage, réserve les dispositions d'ordre public (international) de la loi du lieu où siège le tribunal arbitral. Je suppose que doivent *a fortiori* être réservées les dispositions d'ordre public (international) des pays où la sentence doit être exécutée car ces pays risquent d'être troublés, plus que celui où l'acte a été conclu, par une disposition contraire à leur ordre public (international).

Mais cette réserve de l'ordre public me paraît superflue car la jurisprudence et la doctrine de tous les pays admettent que cette exception peut écarter, le cas échéant, l'application de toutes les lois compétentes en vertu des règles de rattachement. A quoi bon allonger le projet en y insérant une disposition, d'ailleurs incomplète, et qui va de soi ?

II. *Observations sur les articles du projet*

Art. 1 à 12. — Tous les articles du projet attribuent compétence à la loi du pays où siègent les arbitres.

Ainsi que je l'ai déjà observé, ce pays ne pourra pas être déterminé dans les cas suivants : quand les arbitres et, le cas échéant, les superarbitres sont domiciliés et résident dans des pays différents, sans qu'on sache exactement où ils ont délibéré et même où ils ont rendu leur sentence, quand ils ont délibéré soit en pleine mer, soit au cours d'un voyage à travers plusieurs pays, quand ils ont délibéré par téléphone ou par correspondance sans s'être réunis.

Si le pays où ils ont délibéré peut être déterminé, les arbitres y auront souvent siégé par l'effet de circonstances fortuites et sans que les parties aient pu prévoir que sa loi serait compétente, sans même que les arbitres aient su qu'ils devaien l'appliquer. Elles ignoreront presque toujours les dispositions de cette loi d'autant plus que, dans les cas prévus aux art. 4, 8, 11, ses règles de rattachement seront applicables.

Les présomptions dont font état les articles 1 et 2 seront parfois contraires à l'intention des parties.

En admettant que les parties ont indiqué expressément ou tacitement, avec une clarté suffisante, le pays où devront siéger les arbitres, ce choix aura peut-être été inspiré par l'une d'elles parce que la loi de ce pays lui sera favorable et il sera impossible de prouver cette fraude.

Art. 2, alinéa 3, Art. 3 et 5. — Ces articles attribuent compétence à la loi du domicile des parties. Mais le droit anglais distingue le domicile d'origine du domicile d'élection. Diverses législations connaissent un domicile légal et un domicile élu.

Que décider si l'établissement commercial des parties ou de l'une d'elles se trouve dans un autre pays que celui de leur domicile ?

Je propose de substituer au mot « domicile » celui de « résidence habituelle » et de « principal établissement commercial » et, s'agissant d'une société, celui de « siège social ».

Art. 5. — La notion de la fraude à la loi est vague et controversée. Il a été soutenu qu'on ne peut lui faire place en droit international privé ou, tout au moins, comme je l'ai fait dans mes ouvrages, que son domaine en droit international privé est très restreint. Elle comporte un élément subjectif dont il est très difficile de savoir s'il existe ou non. Peut-être conviendrait-il de supprimer cet article fertile en litiges.

Art. 4 et 6. — Voir les objections que j'ai faites à ces articles, pages 26, 27 et 28.

Art. 6. — Cet article soumet à des lois différentes les conditions de validité du contrat d'arbitrage et celles du « contrat principal ». Je ne perçois pas bien ce que sont ces deux contrats et ce qui les distingue. Le « contrat principal » est-il le contrat en litige objet de l'arbitrage ?

Art. 7, alinéa 3. — Voir les objections que j'ai faites à cet alinéa, p. 29.

Art. 9. — Il serait peut-être bon de préciser le contenu du mot « procédure » : délais dans lesquels les arbitres doivent statuer, mesures d'instruction, enquête, moyens de preuve, formes de la sentence arbitrale.

Art. 12. — Que décider si la loi du lieu où la sentence est exécutée impose des formalités qui diffèrent de celles que prescrit la loi du lieu où siège le tribunal ou que prescrit la loi dont je propose l'application si, contrairement à cette dernière loi, elle ne donne pas à ses tribunaux le pouvoir de recevoir le dépôt de la sentence à la partie perdante, ni recours contre cette sentence, ou inversement ?

III. *Solutions proposées* [1]

Art. 1. — Quand l'arbitrage est obligatoire, la loi qui l'impose désigne les personnes auxquelles elle s'applique, elle établit les conditions que doivent remplir les arbitres, elle nomme les autorités compétentes pour procéder à leur nomination et à celle du surarbitre, si les parties négligent de les désigner ou ne s'entendent pas sur leur désignation, elle détermine les motifs de leur récusation, de leur révocation, de leur déport et les causes qui mettent fin à l'arbitrage. Cette loi règle les pouvoirs des arbitres et la procédure de l'arbitrage, les obligations réciproques des parties et des arbitres. C'est selon les dispositions de cette loi que les arbitres rendent leur sentence.

Quand l'arbitrage est volontaire, les règles suivantes seront applicables.

Art. 2. — La capacité civile de compromettre et celle des arbitres est réglée par la loi nationale ou par celle que désignent ses règles de rattachement.

Art. 3. — La forme du compromis et celle de l'acte qui désigne les arbitres sont réglées par la loi du lieu où ils ont été conclus.

Art. 4. — La loi qui régit le droit en litige, selon les règles de la résidence commune des parties ou, si elles résident dans des pays différents, selon les règles de la loi du pays dans lequel elles ont conclu le compromis, est compétente pour déterminer si ce droit peut faire l'objet d'un arbitrage.

Art. 5. — Le pouvoir de compromettre est réglé par la loi applicable au rapport juridique ou à l'institution en cause en vertu de la loi de la résidence commune des parties, ou de celle de leur principal établissement commercial ou, si elles résident

---

[1] Voir mon *Précis de droit international privé*, tome III, pp. 342-373.

dans des pays différents, en vertu de la loi du pays dans lequel a été conclu le compromis. Cette loi dira si ce pouvoir appartient au mineur ou à l'interdit, au mandataire général, à l'un des époux sur les droits matrimoniaux, au gérant d'une société, au syndic d'une faillite, à l'exécuteur testamentaire.

Art. 6. — Dans les limites que trace à leur autonomie la loi qui régit leur convention, les parties ont le droit de nommer les arbitres et le surarbitre, de les révoquer et de les remplacer, de mettre fin à leur mission, de régler leur compétence et la procédure de l'arbitrage, de désigner la loi qu'ils doivent appliquer.

Si les parties n'ont pas exercé cette faculté, la loi du pays dans lequel elles ont l'une et l'autre leur résidence habituelle ou leur principal établissement commercial et, si elles résident dans des pays différents, la loi du pays dans lequel elles ont conclu le compromis réglera les droits réciproques des parties et des arbitres, elle décidera si les arbitres peuvent interpréter la convention et l'annuler soit d'office, soit sur la demande de l'une des parties, elle réglera la procédure de l'arbitrage. C'est suivant ses dispositions que les arbitres rendront leur sentence. Les arbitres observeront toutefois les règles de procédure des lois des pays où ils procéderont à des mesures d'instruction.

Art. 7. — La loi du pays dans lequel le compromis ou la sentence arbitrale est invoqué dira, d'une part, si la conclusion du compromis interrompt la prescription, si elle permet d'opposer l'exception de litispendance et, d'autre part, si, avant qu'elle soit exécutoire, la sentence arbitrale a force probante, si elle permet de prendre des mesures conservatoires, si elle arrête le cours des intérêts moratoires, si elle a autorité de chose jugée. Cette loi fixera les conditions selon lesquelles la sentence pourra être exécutée.

La question de savoir si la sentence peut faire l'objet d'un recours sera résolu cumulativement par la loi du pays dans lequel les parties ont l'une et l'autre leur résidence habituelle ou leur principal établissement commercial et par la loi du pays où la sentence produit ses effets.

P. Arminjon

Observations de M. Algot Bagge

Stockholm, le 31 mai 1950.

Mon cher et honoré Confrère,

M. Wehberg m'a écrit, dans une lettre du 17 mai, que vous êtes intéressé à recevoir des membres de l'Institut des observations sur votre rapport sur l'arbitrage en droit international privé, dont vous avez bien voulu m'envoyer une copie.

Je me permets donc de vous soumettre quelques observations qui, naturellement, ne peuvent qu'être très superficielles. Les problèmes que vous traitez d'une façon si admirable dans votre rapport ont pour moi un intérêt tout spécial à cause des fonctions que je remplis depuis dix ans comme président de la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce international.

Dans l'arbitrage privé, les parties du contrat compromissoire (la clause compromissoire ou le compromis) peuvent disposer de l'objet de l'arbitrage, il s'agit d'un arbitrage conventionnel et les conflits de lois, traités par vous, surgissent quand l'arbitrage est un arbitrage étranger.

Un arbitrage d'une telle nature consiste, d'après mon avis, en deux contrats, tous les deux appartenant au droit privé. En premier lieu le contrat compromissoire dans lequel les parties d'un contrat de nature privée s'obligent à soumettre les différends, qui peuvent surgir de ce contrat, à un arbitrage.

Cette transaction signifie que les parties du contrat compromissoire s'obligent à conclure avec une ou plusieurs personnes un contrat par lequel ces personnes s'obligent envers les parties du contrat compromissoire à trancher par une sentence arbitrale les différends qui leur ont été soumis. Le contrat ainsi conclu avec les arbitres n'est pas un contrat de représentation mais un contrat de services ou, si l'on préfère, un contrat de mandat conclu par les parties du contrat compromissoire, en commun, avec les arbitres, visant un travail d'arbitrage à être exécuté en commun par ces arbitres.

Les parties du contrat compromissoire se sont obligées à reconnaître le résultat du travail des arbitres — autrement il ne serait qu'un travail de conciliation — en tant que cette obligation ne soit pas viciée en vertu des stipulations de la loi applicable à leur contrat.

La loi nationale interne applicable au contrat compromissoire est déterminée comme d'ordinaire en droit international privé d'après les règles de conflits de lois du pays dont les autorités étatiques auront à s'occuper des différends surgissant du contrat.

Pour la question de la reconnaissance de la sentence arbitrale qui est l'un des effets des plus importants du contrat compromissoire, c'est donc le droit international privé du pays dont les autorités sont saisies de la reconnaissance qui doit être applicable. De même s'il s'agit de l'exécution de la sentence arbitrale.

En employant ces règles de droit international privé des pays dont les autorités sont saisies, en cas de non-reconnaisance par la partie défenderesse du résultat de l'arbitrage, on arrive à la loi nationale interne applicable. Si l'on veut, avant que l'autorité étatique soit saisie, se rendre compte du droit international privé applicable, il faut s'en tenir aux règles des juridictions nationales, ce qui donne un résultat assez incertain.

Ce manque de sécurité, malheureusement, est inévitable partout, en droit international privé, en attendant que nous ayons des règles internationales qui nous disent quelle juridiction nationale est exclusivement compétente.

Le contrat compromissoire contient pourtant très souvent, soit directement soit par référence aux règles statuées par des institutions arbitrales, des stipulations sur le procédé du travail arbitral. Ces stipulations sont destinées à faire partie aussi du contrat de services arbitraux conclu avec les arbitres par les parties du contrat compromissoire.

L'application du droit international privé du pays de l'autorité étatique saisie aura donc pour conséquence l'application des règles du droit national interne aux questions de procédé arbitral. Si ces règles sont, d'après la qualification du droit national, des règles de procédure, on se demande si l'on ne doit, pour arriver à ces règles nationales, employer le droit international de procédure civile du pays de l'autorité saisie plutôt que son droit international privé. Telles différences de qualification causent de l'embarras aussi dans d'autres parties du droit international privé, par exemple aux cas de prescription. La solution la plus appropriée paraît être, dans ces cas, de laisser au droit du pays de l'autorité saisie la qualification totale.

Si, pourtant, d'après la qualification du droit du pays de l'autorité saisie, les règles du procédé d'arbitrage sont considérées comme des règles de procédure, il pourrait paraître naturel d'appliquer à cette partie du contrat compromissoire le droit international de procédure du pays de l'autorité saisie plutôt que son droit international privé.

La partie essentielle du contrat compromissoire étant de nature à tomber sous le droit privé il paraît pourtant plus approprié de choisir le droit international privé comme point de départ, mais de faire toutes les modifications qui paraissent

nécessaires au point de vue de l'intérêt justifié du pays de l'autorité saisie. Ou, si l'on préfère l'autre voie, à prendre comme point de départ le droit international de procédure civile en faisant toutes modifications appropriées à cause de la nature essentiellement privée du contrat compromissoire. Probablement, dans la pratique, on arrivera dans l'essentiel au même résultat, c'est-à-dire que les règles de rattachement doivent décider le choix de la loi nationale interne applicable.

Le rattachement le plus étroit, évidemment, quant au procédé même du travail arbitral, c'est au pays où ce travail aura lieu.

Les autres questions dérivant du contrat compromissoire (par exemple la validité et la forme du contrat, la capacité, le pouvoir des arbitres notamment s'ils ont les pouvoirs « d'amiables compositeurs » ou s'ils sont tenus de suivre les règles du droit, le renoncement à toutes les voies de recours, le lieu d'arbitrage, l'élection des arbitres) sont soumises à la loi nationale interne à laquelle on arrive en appliquant les règles du droit international privé du pays de l'autorité en justice saisie, qui sont basées peut-être sur d'autres points de rattachement que le lieu de l'arbitrage.

Quant au contrat de services (ou de mandat) conclu par les parties du contrat compromissoire avec les arbitres, il paraît évident que le droit international privé du pays de l'autorité saisie doit en principe mener à l'application de la loi nationale interne du pays où le travail arbitral aura lieu.

Les lois ainsi applicables donneront donc les règles qui en cas de lacunes aux deux contrats vont les compléter. Mais les règles impératives de ces lois prévalent sur les stipulations des parties.

L'autonomie des parties des deux contrats d'arbitrage est plus limitée que dans un contrat ordinaire patrimonial comme la vente. C'est le côté procédural des deux contrats qui en est la cause sans qu'il fasse perdre aux deux contrats leur nature privée.

Un examen, du point de vue des remarques faites ci-dessus, du Protocole relatif aux clauses d'arbitrage du 24 septembre 1923 et de la Convention du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentencesarbitrales étrangères donne lieu aux observations suivantes.

Il est très difficile de savoir d'avance quel sera le pays où la reconnaissance ou l'exécution de la sentence sera invoquée, donc aussi de savoir d'avance le for et le droit applicable. Mais c'est une situation déplorable qui règne dans tout le domaine du droit international privé et de procédure civile.

Heureusement, à un certain degré, une uniformité quant à la reconnaissance des contrats arbitraux et à l'exécution des sentences arbitrales est obtenue par les accords internationaux de 1923 et 1927. Bien que le domaine de l'application des règles y contenues soit trop limité et que les règles mêmes soient le résultat de compromis, ce qui souvent ne donne pas des résultats législatifs très heureux, c'est toutefois un grand progrès que signifient ces règles. Une base a été créée sur laquelle on pourra bâtir un édifice plus perfectionné.

En revenant sur la question de l'examen de ces règles au point de vue de mes observations faites ci-dessus, il faut noter :

1. Le contrat compromissoire est de nature à être soumis au droit privé. Le Protocole de 1923, art. 2, prescrit que la procédure de l'arbitrage, y compris la constitution du tribunal, est réglée par la volonté des parties et par la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu.

La formule n'est pas très claire; on ne sait pas si les mots « et par la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu » signifient que les règles de cette loi ne sont que supplétives ou si, pourvu qu'elles soient impératives d'après le droit national, elles prévalent sur la volonté des parties.

Le rapporteur de la Sous-Commission qui a formulé l'art. 2 du Protocole, M. van Eysinga, en répondant à une question sur la nature impérative de la loi nationale posée à la réunion

de la Commission qui a soumis le texte à la Conférence en 1923, a dit, d'après les procès-verbaux : « M. van Eysinga rappelle à ce propos les commentaires qu'il a donnés sur les divers articles du projet et souligne les vues qui ont prévalu devant la Sous-Commission : lorsque la loi du pays contient une disposition impérative, elle doit l'emporter, le cas échéant, sur la volonté des parties. » (*League of Nations Official Journal*, Special Supplement No. 15, Geneva 1923.)

Mes observations faites ci-dessus correspondent donc à l'interprétation qu'a donnée la Sous-Commission de l'article qu'elle a proposé.

Mais l'art. 2 met en premier lieu « la volonté des parties », ce qui prouve d'autre part que même « la procédure de l'arbitrage, y compris la constitution du tribunal arbitral » est considérée comme appartenant au droit privé.

2. La validité du contrat compromissoire est déterminée d'après le droit international privé du pays du for. La Convention de 1927, art. 1, *a)*, stipule, quant à la validité du contrat compromissoire, qu'elle sera déterminée d'après la législation qui lui est applicable, c'est-à-dire la loi nationale interne, indiquée, quand il s'agit de la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale, par le droit international privé du pays où la reconnaissance ou l'exécution de la sentence arbitrale est invoquée.

3. La composition du tribunal arbitral et le procédé du travail arbitral sont réglés par l'accord des parties et, à défaut d'un tel accord, par la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu. Les règles impératives de cette loi prévalent sur la volonté des parties.

Voir l'art. 2 du Protocole de 1923 cité ci-dessus et les art. 1, *c)* et *d)* et 2, *a)* de la Convention de 1927.

4. — La reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale sont soumises aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, c'est-à-dire aux règles du for. Il est nécessaire que, d'après la loi du pays où elle est invoquée, l'objet de la sentence soit susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage et que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux principes du droit public du pays où elle est invoquée.

Voir l'art. 1, l'introduction, et *b)* et *c)* de la Convention de 1927.

5. Même si d'après les règles mentionnées ci-dessus sous 2, 3 et 4 la sentence arbitrale est susceptible d'être reconnue ou exécutée, la reconnaissance et l'exécution seront refusées aux cas mentionnés à l'art. 2 de la Convention de 1927 (annulation de la sentence dans le pays où elle a été rendue, manque justifiable de présence au procédé arbitral, et le cas où l'arbitre a dépassé sa compétence). Ces stipulations sont donc des règles impératives internationalement valables qui ne se réfèrent pas à des règles nationales et qui prévalent sur le droit international autrement applicable.

Il me paraît que les observations faites par moi ci-dessus sur l'arbitrage en droit international privé sont en concordance avec les principes énoncés au Protocole de 1923 et à la Convention de 1927.

Il faut donc, paraît-il, accepter en principe que les deux contrats compromissoires ci-dessus mentionnés devront être soumis aux règles du droit international privé des pays dont les autorités étatiques sont saisies des différends surgis des deux contrats. Ces règles du droit international privé étant en général des règles de rattachement qui sont différentes dans les différents pays, il est, comme il est dit dans votre rapport, très désirable que l'Institut propose des règles de rattachement dont on puisse espérer que la jurisprudence s'inspirera dans

les divers Etats. Je me permets d'ajouter que ce serait encore mieux si l'on pouvait introduire de telles règles dans la Convention de Genève de 1927.

Dans votre rapport vous avez proposé des règles sur la loi nationale interne applicable ayant pour effet que cette loi sera la loi du siège du tribunal arbitral, pourvu que les parties ne soient convenues qu'une autre loi soit applicable. Pour ce cas vous avez proposé des règles spéciales afin d'arriver, même dans ce cas, à la loi du siège.

C'est, sans doute, la loi du siège à laquelle les deux contrats d'arbitrage, à savoir le contrat compromissoire et son contrat satellite, le contrat des parties conclu avec les arbitres « for the implementation » du contrat compromissoire, ont en général le rattachement le plus intime.

Mais il faut faire des exceptions pour les cas, pas trop nombreux du reste, où des points de rattachement existent qui sont plus forts que le rattachement du siège.

Vous n'avez fait de telles exceptions que pour la capacité (la loi internationale privée du siège) et la forme (la loi nationale interne du pays où l'acte a été conclu), avec réserve pour l'ordre public du pays du siège.

Je me demande si, pour quelques-unes des autres questions qui sont aptes à surgir — la validité des deux contrats, la composition du tribunal arbitral et l'élection des arbitres, la récusation et le remplacement d'un arbitre, l'étendue des pouvoirs des arbitres en ce qui concerne soit l'objet même de l'arbitrage soit la compétence d'agir en amiable compositeur, le lieu de l'arbitrage, le procédé du travail arbitral, le délai dans lequel la sentence doit être rendue, la manière de formuler la sentence (avec ou sans motifs), les frais et les honoraires des arbitres, l'engagement des parties de tenir la sentence pour définitive, la manière d'exécution de la sentence — il n'y a pas des points de rattachement plus importants que le siège de

l'arbitrage. C'est le cas, paraît-il, au moins pour la validité et le lieu de l'arbitrage.

Il faut aussi prendre en considération les règles spéciales impératives du droit du pays dont l'autorité est saisie de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence. Ces règles l'emportent sur les règles autrement applicables aux deux contrats de l'arbitrage, ce qui ressort clairement des dispositions de la Convention de 1927.

Quant à la plupart des sentences arbitrales, les parties n'ont pas, heureusement, le besoin de ressortir à une saisie des autorités étatiques. La sentence arbitrale, ordinairement, est exécutée volontairement.

Mais les parties ont besoin, si des différends surgissent, d'avoir connaissance des règles du droit applicable aux contrats d'arbitrage. Cela peut être nécessaire même pour un arrangement à l'amiable.

Dans l'un et l'autre cas — saisie d'une autorité étatique ou une composition à l'amiable — les règles du droit applicable doivent être les mêmes.

Les règles impératives du droit du pays de l'autorité à être saisie, éventuellement, de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence, ont une importance toute spéciale même à une composition à l'amiable, car, en interprétant le contenu des deux contrats d'arbitrage, on doit présumer que les parties ont voulu se procurer la possibilité d'avoir, si nécessaire, la sentence arbitrale reconnue et exécutée par les autorités étatiques compétentes.

Malheureusement, le point de rattachement le plus important, c'est-à-dire le siège de l'arbitrage, soit qu'il signifie le lieu où le procédé arbitral va commencer ou continuer, ou le lieu où la sentence va être rendue, n'est pas toujours fixé au moment où les parties des contrats d'arbitrage auront besoin, pour un règlement amical, de la connaissance des règles de

droit concernant la loi applicable à ces contrats. Cette question difficile n'a pas pourtant, paraît-il, trouvé une solution dans les règles proposées dans votre rapport.

L'essai si intéressant que vous avez fait de lier d'une manière absolue la loi applicable à l'arbitrage à la loi du siège et vice versa a laissé chez moi quelques doutes sur sa praticabilité ; il faut étudier plus profondément les effets qui en résultent pour les parties.

Enfin, à l'article 11 de votre rapport, il a été proposé — au cas de défaut de convention des parties concernant la loi applicable au fond du litige — que les règles de rattachement en vigueur au lieu du siège devront être suivies pour déterminer la loi qui est compétente quant au fond. Cette stipulation a pour conséquence que des règles de rattachement différentes seront appliquées selon que les parties sont convenues d'un arbitrage ou non (par exemple quand il s'agit des différends surgis d'un contrat de vente). Une telle disposition ne paraît pas appropriée.

Evidemment il n'est pas possible dans ces observations nécessairement superficielles de discuter tous les problèmes auxquels donne cause votre rapport si intéressant et illustratif, mais mon grand intérêt pour tous les problèmes que fait naître l'arbitrage international dans la pratique m'a tenté de donner une contribution même très modeste à la discussion de ces questions importantes.

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

Algot Bagge

Observations de M. Hans Lewald

Bâle, le 4 juillet 1950.

Monsieur et cher Confrère,

J'ai étudié avec beaucoup d'intérêt votre important rapport préliminaire qui relève du domaine complexe de l'arbitrage privé.

En poursuivant le but de favoriser le développement de cette institution vous vous êtes borné (ce qui, du reste, est bien compréhensible) à formuler des règles de conflit quoique l'évolution moderne tende incontestablement vers une unification des règles de droit matérielles (en sens large) pour créer un « einheitliches Weltschiedsrecht » si vous me permettez d'employer cette expression de Robert Marx, un des meilleurs connaisseurs de cette matière cf. l'article de R. Marx, *Entwickelung und Aufgaben der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit seit dem Kriege*, dans Schönke, Die Schiedsgerichtsbarkeit in Europa, t. II (1948).

Dans votre exposé des règles de conflit vous partez d'une conception de l'arbitrage qui tient compte du caractère hybride de cette institution, conception avec laquelle je puis me déclarer entièrement d'accord.

Cependant, tout en reconnaissant la haute valeur scientifique de ce que vous développez ultérieurement, je ne me sens pas à même de me rallier à toutes vos thèses et propositions. Vous prenez comme élément général de rattachement le siège du tribunal arbitral comme étant la relation locale la plus importante du rapport juridique créé par le contrat d'arbitrage. J'adhère pleinement à cette localisation autant qu'il s'agit d'un arbitrage confié à une institution permanente comme c'est le cas pour la Liverpool Cotton Association et autres. D'autre part, cette thèse me paraît assez douteuse dans le cas

de l'arbitrage confié à de simples particuliers. Je m'en rapporte sur ce point à l'excellent cours fait à La Haye en 1935 par notre confrère Balladore Pallieri, Recueil des Cours t. 51 pp. 342 et suiv.

Qu'il me soit permis d'ajouter une autre observation. Vous excluez de votre rapport la question de la reconnaissance de la sentence arbitrale dans un pays autre que celui où elle a été rendue. Il m'aurait paru opportun que votre exposé englobe les problèmes relatifs à ce sujet, étant donné leur grande importance pratique. Il suffit pour s'en convaincre de parcourir les décisions judiciaires relatées dans le Bulletin de l'Institut Juridique International. C'est surtout le problème de l'ordre public qui se pose avec une urgence particulière. Ne serait-il pas possible de le préciser en spécifiant les cas où l'ordre public peut se faire valoir ? Je pose la question sans oser y répondre.

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

Hans Lewald

* * *

Votre rapporteur exprime sa reconnaissance aux membres de la XIVe Commission pour les observations et critiques qu'ils lui ont communiquées; comme lui, ils ne se proposent que de découvrir les solutions les mieux fondées théoriquement et les plus recommandables pour les praticiens. Il a donc soumis tout le problème à un nouvel examen qui l'a conduit à n'apporter que quelques modifications d'ordre secondaire à ses premières propositions, tout en les complétant, comme il l'a déjà relevé, par l'étude de l'exécution de la sentence arbitrale. Le présent rapport doit donc être considéré comme une édition simplement remaniée et complétée du précédent dont les conceptions fondamentales, après nouvelle étude, n'ont pas été modifiées.

IV.

Considérations théoriques

L'arbitrage privé dans les relations internationales n'a encore jamais fait l'objet de délibérations au sein de l'Institut. Cela tient probablement au fait qu'il n'a pris un développement considérable qu'après la Première Guerre mondiale. Mentionnons à titre d'exemples la loi française du 31 décembre 1925 qui a reconnu la validité de la clause compromissoire en matière commerciale et les novelles allemandes du 13 février 1924 et du 25 juillet 1930 qui ont facilité l'exequatur des sentences arbitrales. Vers la même époque on peut relever des tentatives de réglementation de l'arbitrage privé dans les relations internationales par le Protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage et la Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Le premier de ces actes pose quelques règles de rattachement au sujet de l'arbitrage; il n'a nullement un caractère exhaustif et laisse sans réponse la plupart des problèmes de droit international privé. Le second a plutôt le caractère d'une convention d'unification juridique, en ce qu'il fixe la procédure à suivre pour assurer la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues sur la base du Protocole de Genève du 24 septembre 1923.

Enfin, l'Institut international de Rome pour l'unification du droit privé s'est occupé de l'élaboration d'une loi uniforme sur l'arbitrage en droit privé. Il a établi un Avant-projet qui, sauf quelques réserves, fut approuvé par la Chambre de Commerce Internationale, à son Congrès de Berlin de 1937. L'Avant-projet a été publié à Rome en décembre 1938; il s'agit aussi d'une réglementation ne visant pas à résoudre tous les conflits de lois que soulève l'arbitrage privé dans les relations internationales, mais à les éliminer par l'adoption, dans un grand

nombre d'Etats, des mêmes règles sur la convention arbitrale, la juridiction et la procédure de l'arbitrage, la reddition de la sentence arbitrale, son exécution et son annulation. Il est donc bien exact d'affirmer, avec M. le professeur Lewald, que l'évolution moderne tend incontestablement à l'unification des règles de droit matériel dans le domaine de l'arbitrage privé « einheitliches Weltschiedsrecht ».

Votre rapporteur a néanmoins conçu la tâche que l'Institut lui a confiée d'une autre manière. L'élaboration d'une loi uniforme est une entreprise de très longue haleine dont nul ne peut dire quand, ni si elle sera réalisée. D'ailleurs, même si elle aboutissait, il est vraisemblable d'admettre qu'elle n'éliminerait pas tous les conflits de lois, preuve en soit l'avant-projet de Rome qui ne résout pas tous les problèmes de droit international privé. Enfin, il est peu probable qu'une œuvre d'unification juridique obtienne l'adhésion de tous les Etats, en sorte qu'il y aura toujours des conflits de lois à résoudre dans les rapports avec les Etats dissidents. Votre rapporteur n'estime donc pas que l'Institut ait à proposer des règles de fond visant à l'unification du droit substantiel, mais seulement des règles de rattachement dont on puisse espérer que la jurisprudence s'inspirera dans les divers Etats, ce qui assurerait à l'arbitrage privé la stabilité juridique dont il a besoin dans les relations internationales, tout en respectant la diversité des droits positifs internes.

Si tel est le propos de votre rapporteur, il ne saurait oublier qu'une unification des conceptions doit être réalisée sur un point fondamental, car il a des conséquences sur toutes les solutions à préconiser pour la solution des conflits de lois en matière d'arbitrage privé, et ce point est celui de la nature juridique de cette institution. Il convient d'en aborder immédiatement l'étude.

A. *Nature juridique de l'arbitrage privé*

On sait que la nature juridique de l'arbitrage privé fait l'objet de controverses doctrinales et que trois théories ont été défendues à ce sujet :

1. — Certains auteurs, dont le principal est le Français Merlin, considèrent que l'arbitrage privé est une institution purement conventionnelle et que les arbitres sont de simples mandataires des parties qui leur ont confié le soin de résoudre leurs litiges de cette manière. On peut relever la persistance de cette conception chez plusieurs auteurs contemporains, et on en rencontre des applications dans la jurisprudence, surtout en Belgique et aux Pays-Bas, où le compromis est considéré le plus souvent comme une convention en vertu de laquelle les parties s'engagent à accomplir les prestations fixées par un tiers, l'arbitre. La sentence arbitrale n'y est pas tenue pour un jugement, mais une détermination du contenu du contrat, en sorte que si une des parties ne s'y conforme pas, l'autre doit lui intenter devant les tribunaux ordinaires une action en exécution des obligations contractuelles lui incombant, ou une action en dommages-intérêts pour inobservation du contrat.

Homberger, *Der private Schiedspruch im internationalen Verkehr*, Revue de droit suisse 1932, vol. II, p. 4;
Weiss, *Traité de droit international privé*, VI, pp. 26 et suiv.;
Balladore-Pallieri, *L'arbitrage privé dans les relations internationales*, Recueil des cours de l'Académie de Droit international, 1935, I, t. 51, p. 310-311.

Ce point de vue est partagé par M.M. *Arminjon*, *Bagge*, membres de la XIVe Commission, dont l'argumentation n'a pas réussi à convaincre votre rapporteur. Ces éminents jurisconsultes ne veulent voir, en particulier M. Bagge, dans l'arbitrage privé, que deux contrats appartenant tous deux au droit privé : en premier lieu un contrat par lequel les parties s'obli-

gent à soumettre certains différends d'ordre privé à un arbitrage; en second lieu un contrat avec une ou plusieurs personnes qui s'obligent envers les parties au compromis à trancher par une sentence arbitrale les différends qui leur sont soumis; ce second contrat qui n'est que l'exécution du premier, a le caractère d'un contrat de mandat ou de louages de services, passé en commun entre les parties au compromis d'une part, et les arbitres, d'autre part, aux fins d'assurer l'exécution d'un travail d'arbitrage par ces derniers.

La théorie purement conventionnelle conduit à appliquer aux conflits de lois concernant l'arbitrage privé les principes du droit international privé qui régissent les obligations contractuelles.

Elle fut vivement combattue par plusieurs auteurs.

Les uns relevèrent que tout mandataire a la qualité de représentant et que l'acte accompli par lui doit être tenu pour celui du mandant lui-même; or, il est bien évident que les arbitres ne peuvent pas être de simples mandataires et que leurs actes ne sont pas censés être ceux des parties en litige, car celles-ci ne peuvent pas juger elles-mêmes.

Dans ce sens Lainé, *De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères*, Journal Clunet 1899, 652-653.

M. Bagge conteste cependant qu'il s'agisse d'un rapport de représentation; mais sa conception fait abstraction des effets si importants du compromis et de la clause compromissoire sur le pouvoir juridictionnel des tribunaux; elle méconnaît la substitution à ce pouvoir d'un autre organe juridictionnel, devant exercer une activité complexe qui aboutit à un acte final, la sentence arbitrale dont l'efficacité équivaut à celle d'un jugement rendu par des organes étatiques.

Dans ce sens Marmo, *Gli arbitrati stranieri e nazionali con elementi di estraneità*, Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, 3a serie, vol. XXIII, 1946, p. 56, où cet auteur écrit : « col compro-

messo o con la clausula compromissoria... le parti mettono in moto un procedimento che, sfociando in un atto pubblico, si colora pubblicisticamente e che, menando ad un atto avente natura di sentenza assume i caratteri giurisdizionali e rappresenta praticamente una proroga di giurisdizione ».

En ramenant l'arbitrage privé à une relation purement contractuelle, on fait abstraction de la bonne moitié de l'institution, qui lui donne principalement sa caractéristique et qui empêche de la confondre avec d'autres institutions juridiques assez semblables, comme, par exemple, celle autorisant les parties contractantes de remettre à un tiers la détermination d'un point de fait important pour résoudre un litige (montant d'un dommage, fixation d'un prix, etc.). Ainsi que le relève un éminent auteur italien, « ce problème de l'arbitrage ne se pose comme problème particulier, avec des traits caractéristiques, seulement lorsque nous sommes en présence d'un acte privé auquel sont attachés des effets qui ne sont pas communs aux actes privés, des effets de droit public qui, normalement, sont propres seulement aux actes publics ».

Balladore Pallieri, *op. cit.*, p. 316.

A notre avis, ces effets sont d'ordre juridictionnel et rentrent dans le droit de procédure.

D'autres auteurs, tout en reconnaissant pleinement que les arbitres entrent en fonction de par la volonté des parties, insistent sur le fait qu'ils font œuvre de juges; or, les règles d'organisation judiciaire et de procédure étant « constitutives, ont une autorité exclusive dans le ressort du système juridique où elles furent édictées. »

Arminjon, *Précis de droit international privé*, vol. III, p. 360.

Il y a donc lieu d'être surpris des objections faites par M. *Arminjon* à votre rapporteur lorsqu'il lui reproche d'avoir « assimilé le tribunal arbitral à un tribunal au sens propre

du mot et la sentence arbitrale à un jugement », confusion que nous n'avons d'ailleurs pas commise, puisque selon nous l'institution de l'arbitrage privé n'est pas purement juridictionnelle.

On peut ajouter, et l'exactitude de ce point important est reconnue par les auteurs qui défendent la thèse de la nature purement conventionnelle de l'arbitrage privé sans apercevoir cependant qu'elle la ruine, que les droits positifs, en admettant des voies de recours contre la sentence arbitrale, permettent à chacune des parties, par des manifestations unilatérales de volonté, de mettre à néant l'œuvre des arbitres et de substituer ainsi une procédure judiciaire à la procédure arbitrale. C'est, comme le relève fort exactement M. Balladore Pallieri, « presque un mode d'extinction de l'arbitrage ».

Op. cit., p. 357.

Le droit suédois va encore plus loin et prévoit que si l'exécuteur en chef (överexekutor), institution de contrôle spéciale à cette législation, trouve la sentence trop obscure pour recevoir exécution, l'existence de cette sentence n'empêche pas une partie de porter devant *les tribunaux* la question examinée par les arbitres.

Art. 22, loi du 14 juin 1929 sur l'arbitrage, brochure n° 122, 1947, publiée par la Chambre de commerce internationale, p. 18.

M. *Lewald* peut se « déclarer entièrement d'accord » avec le caractère hybride que nous attribuons à l'arbitrage privé, mais partage l'opinion de notre éminent confrère M. Balladore Pallieri, sur la manière de résoudre les conflits de lois dans ce domaine, et recommande aussi, par conséquent, d'appliquer la théorie de l'autonomie de volonté. Mais ces deux conceptions sont antinomiques, car l'acceptation de l'une entraîne

le rejet de l'autre. La théorie de l'autonomie de la volonté, appliquée à l'arbitrage privé, présuppose la nature purement conventionnelle de ce dernier.

M. *Lémonon* ne se prononce pas sur la nature juridique de l'arbitrage privé, mais préconise, d'une manière générale, l'application de la loi nationale des parties, ce qui est en évidente opposition avec les idées fondamentales de votre rapporteur.

2. Une deuxième doctrine met l'accent sur le pouvoir de juger que les parties confèrent aux arbitres et assimile les sentences arbitrales aux jugements étatiques. On peut l'appeler la théorie juridictionnelle. Lainé a attaché son nom à cette théorie qu'il justifie de la manière suivante :

> « Une fois l'arbitre désigné et maintenu, les parties qui l'ont nommé se soumettent à lui; il est non seulement indépendant d'elles et sans obligation de leur rendre compte, mais leur supérieur, parce qu'il est leur commun juge; la décision qu'il rendra sera une sentence qui s'imposera à tous. Et contre cette sentence, il n'y aura de recours que ceux qui existent contre les jugements; les causes d'annulation des contrats, applicables au compromis, y seront étrangères. »
>
> *Journal Clunet*, loc. cit., 1899 p. 654. Dans le même sens, Bartin, *Principes de droit international privé*, vol. I, p. 601.

Il résulte logiquement de cette conception que l'arbitrage, considéré comme une véritable procédure judiciaire, est soumis à toutes les règles de procédure et à toutes les dispositions de caractère impératif de la loi du lieu où le tribunal arbitral a son siège; cette loi est considérée comme sa *lex fori* et c'est celle qui est appelée à gouverner, sinon toutes, du moins la plupart des relations résultant de l'arbitrage privé dans les relations internationales. Ce point de vue est celui admis par une partie de la doctrine de France et d'Italie où la jurisprudence est également partagée; on en peut aussi relever des manifestations en Suisse et en Autriche.

Dans ce sens, pour la France : Pillet-Niboyet, *Manuel de droit international privé*, pp. 722 à 731, nos 648 à 654 *bis*.

Pour l'Italie : Ascarelli, *Das Schiedsgerichtsverfahren nach italienischem Recht*, Jahrbuch de Nussbaum, I, p. 76.

Pour la Suisse : Fritzsche, *Schiedsgerichte in Zivilsachen nach schweizerischem Recht*, ibid. II, p. 54.

Pour l'Autriche : Wehli, *Schiedsgerichte nach österreichischem Recht*, ibid. I, p. 107.

La doctrine et la jurisprudence anglaises et américaines paraissent aussi s'y rattacher bien qu'il soit difficile d'être très positif à leur sujet, les auteurs ne paraissant guère prêter d'intérêt à la question théorique de la nature juridique de l'arbitrage privé. Néanmoins une des dispositions essentielles du droit anglais positif ne s'explique que par la théorie juridictionnelle de l'arbitrage privé; c'est celle qui prévoit que l'arbitre ou le tiers-arbitre peut toujours et *doit*, s'il y est invité par le tribunal, *soumettre à la décision du tribunal toute question de droit* survenant au cours de l'arbitrage, ou rédiger la sentence, en tout ou en partie, sous la forme d'un exposé des faits qui ont été établis au cours de l'arbitrage, *en demandant au tribunal de statuer sur les droits des parties* au regard de la loi dans les circonstances ainsi déterminées. Le droit écossais ignore une règle semblable.

J. E. James, *L'Arbitrage commercial et les lois britanniques*. Brochure no 91, publiée par la Chambre de commerce internationale, 1936, p. 13. Consulter encore :

Pour l'Angleterre : Sutton, *Arbitration in English Law*, Jahrbuch de Nussbaum, I, p. 53.

Pour les Etats-Unis : Sturges, *Commercial arbitration in U.S.*, ibid. I, p. 152.

La théorie juridictionnelle se heurte cependant à une objection grave; logiquement la sentence arbitrale doit pouvoir être annulée pour cause de nullité de la clause compromissoire ou

du compromis; si la convention d'arbitrage est viciée, la sentence arbitrale le sera également, car il n'est pas contestable qu'elle repose sur l'accord des parties. L'assimilation de la sentence arbitrale au jugement étatique qui est toujours rendu par des magistrats dans l'exercice de la puissance publique ne peut donc être poussée à l'extrême.

3. — Plusieurs auteurs contemporains considèrent que l'arbitrage privé est une institution mixte, tenant de la convention par sa genèse et du droit de procédure par son caractère juridictionnel. C'est la théorie de l'arbitrage institution *sui generis*. Toutes les conditions de validité du contrat d'arbitrage relèvent du droit privé, soit : la capacité des parties, leurs déclarations de consentement, la possibilité même de l'arbitrage, autrement dit la moralité et la licéité de son objet. Mais en tant que l'arbitrage écarte la compétence des tribunaux ordinaires et qu'il comporte tout un développement de moyens, de formalités et d'investigations aboutissant à une décision des arbitres, il rentre dans le droit de procédure. Il n'est pas exagéré d'attribuer au droit de procédure une importance égale à celle du droit privé dans la réglementation de l'arbitrage.

Dans ce sens Arminjon, *op. cit.*, vol. III, p. 362, où nous pouvons lire le passage suivant : « L'arbitrage, institution mixte, de nature hybride, ne saurait être assimilé ni à une convention, ni à un jugement. » Voir aussi p. 355.

Nussbaum, *Probleme des internationalen Schiedsgerichtswesens*, dans le Jahrbuch, I, p. 17.

Marmo, *op. cit.*, Annuario di diritto comparato, vol. XXIII, 1946, p. 34, qui parle du caractère incurablement hybride de l'arbitrage (insanabile ibridismo dell'arbitrato). Voir aussi p. 52.

Pour préciser toute notre pensée, nous dirons que ni les jurisconsultes qui insistent sur le caractère purement conventionnel de l'arbitrage privé, ni ceux qui invoquent sa nature uniquement juridictionnelle ne peuvent s'appuyer sur des argu-

ments absolument décisifs. Il est difficile de réfuter les arguments des premiers lorsqu'ils relèvent que les arbitres tiennent leur pouvoir des parties, qu'ils n'ont pas, le plus souvent, les mêmes prérogatives que des juges, qu'ils ne peuvent pas obliger par la force publique des témoins à déposer, ni les assermenter, ni recevoir le serment des parties[1], qu'ils ne peuvent pas même attribuer la force exécutoire à leurs sentences. Mais inversement, les tentatives de renverser les conceptions des seconds sont restées vaines; il n'est pas possible de contester de manière à supprimer toutes controverses le lien qui unit la décision des arbitres à la formule exécutoire du juge dont dépend presque partout l'efficacité de la sentence rendue; il n'est pas possible non plus de fermer les yeux à l'évidence pour refuser de constater à tout le moins les effets juridictionnels négatifs du compromis ou de la clause compromissoire, qui permettent de décliner la compétence des tribunaux étatiques lorsque l'une des parties porte le litige devant ces derniers. Enfin, il paraît téméraire de vouloir ignorer la systématique qui, dans les Etats, sauf rares exceptions, a conduit le législateur à placer les règles sur l'arbitrage privé dans les lois ou codes de procédure civile. Les causes de récusation des arbitres, calquées le plus souvent sur celles des juges, ainsi que les droits très efficaces de contrôle reconnus aux organes étatiques et qui se manifestent par des actions en nullité ou en révocation de la sentence arbitrale, militent aussi en faveur de la thèse faisant rentrer l'arbitrage privé dans le droit de procédure.

---

[1] Cependant, en droit anglais, les arbitres et tiers-arbitres peuvent et doivent siéger et tenir les séances arbitrales comme les tribunaux; ils peuvent notamment faire prêter serment aux témoins. Ils ont le droit de citer à comparaître tout témoin résidant sur le territoire du Royaume-Uni pour rendre témoignage et fournir des documents. Toute personne qui, après avoir prêté serment, rend un faux témoignage devant l'arbitre est coupable de parjure. J. E. James, *op. cit.*, p. 12.

Cf. Marmo, *op. cit.*, p. 34, note 1.

La réconciliation des deux thèses ne peut s'opérer qu'en reconnaissant à l'institution dont nous nous occupons un caractère conforme à la réalité, à savoir de droit privé et de droit de procédure à la fois. Cette nature juridique est très nettement affirmée, entre autres, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse.

Cons. Arrêt du 2 octobre 1931, affaire Goldschmitt c/Arn, *Recueil off.* vol. 57, I^e partie, p. 295, spécialement les pages 302 à 306 qui contiennent de très nombreuses références doctrinales et jurisprudentielles (voir un extrait de ce jugement, *infra* p. 84).

Votre rapporteur ne croit pas que l'Institut puisse éviter de prendre position au sujet de la nature juridique de l'arbitrage, car elle a des conséquences décisives en droit international privé; il lui propose de se fonder sur cette dernière théorie, bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'une question de droit international privé, mais d'un problème de théorie générale du droit, qui pourrait faire l'objet d'un simple préambule.

On pourrait soutenir que cette question soulève un conflit de qualification juridique. Mais ce point de vue est très discutable. En réalité, aucun droit positif ne qualifie clairement l'institution de l'arbitrage privé, et il est difficile d'en tirer des conclusions certaines au sujet de la nature juridique qui lui est attribuée. Preuve en soit qu'en France, en Allemagne, en Hollande, en Belgique, l'institution est réglée dans les lois de procédure civile, alors que la doctrine et la jurisprudence en affirment plutôt le caractère conventionnel. D'ailleurs l'unité de la doctrine et de la jurisprudence ne se rencontre dans aucun Etat; partout les avis des auteurs sont partagés et les décisions jurisprudentielles discordantes; celles du Tribunal fédéral suisse sont allées d'un pôle à l'autre des opinions scientifiques. Il est impossible d'établir que dans tel ou tel Etat, l'une des

trois conceptions qui ont été exposées y soit admise de manière indubitable. Enfin, si on voulait soutenir que, dans les rapports internationaux, la nature juridique de l'arbitrage privé devrait être déterminée, par application des principes du droit international privé destinés à résoudre les conflits de qualification, il faudrait en conclure que le caractère conventionnel de cette institution ne pourrait en tout cas jamais être affirmé par un tribunal arbitral, en application de la doctrine classique qui déclare compétente la *lex fori* pour la qualification; en effet cette *lex fori* n'existerait pas, car un collège de mandataires conventionnels, chargé de déterminer le contenu d'un contrat n'en saurait avoir; des mandataires ne peuvent pas rendre de véritable jugement.

En réalité, dans tous les droits positifs, l'arbitrage présente les mêmes traits fondamentaux; il est en effet admis partout qu'il est institué par les parties, qu'il confère à la décision des arbitres l'autorité de chose jugée et qu'il est susceptible d'être l'objet d'un contrôle par des interventions judiciaires diverses pouvant affecter la forme du recours en appel, du pourvoi en cassation, de la demande d'annulation, ou d'autres voies encore qui permettent de soumettre, dans certains cas, le litige aux organes judiciaires de l'Etat.

Dans ce sens Marmo, *op. cit.*, p. 32 : « Ma in genere può per gli arbitrati e per la sentenza arbitrale dirsi... che la determinazione delle caratteristiche formali di cui l'atto straniero deve essere provvisto, non presenta in genere difficoltà data l'esistenza di un fondo comune di idee e di istituti giuridici che fa si che il concetto di sentenza sia, nelle grande linee, lo stesso nei vari ordinamenti. »

Du même auteur, pp. 32-33, note 3 : « Malgrado le accennate varie teorie, non possono sorgere serie difficoltà relativamente alla qualificazione di un determinato atto come sentenza arbitrale o meno e relativamente alla qualificazione di un determinato procedimento come procedimento arbitrale o meno. »

Dans le même sens, Balladore Pallieri, *op. cit.*, p. 297.

C'est donc sur la base de la théorie générale du droit que la nature juridique de l'arbitrage privé doit être déterminée, et la solution exacte consiste à reconnaître sa nature mixte, de droit privé à la fois et de droit de procédure. Cette conception fondamentale a été approuvée par cinq membres de la XIVe Commission, sur les huit qui m'ont fait parvenir leurs observations.

L'arbitrage obligatoire ou forcé qui s'est beaucoup développé ces dernières années et dont on rencontre des exemples dans plusieurs Etats, ne saurait faire l'objet du présent rapport; il s'agit d'un arbitrage fondé sur la loi, et non pas sur la volonté des parties qui n'ont pas la faculté de préférer un jugement par les tribunaux ordinaires à une sentence rendue par des arbitres. Il leur est donc imposé par la loi, pour des litiges déterminés, la désignation des arbitres pouvant parfois être laissée aux parties, alors que dans d'autres cas elle est directement faite par la loi, sans ingérence des intéressés. Les sentences qui émanent d'organes investis de la qualité d'arbitres dans ces conditions s'apparentent entièrement aux jugements étatiques et ne peuvent d'ailleurs susciter de conflits de lois que pour leur reconnaissance et leur exécution à l'étranger et non pas pour leur formation; dans les relations internationales, elles sont traitées comme des jugements émanés de tribunaux étatiques.

Dans ce sens, Balladore Pallieri, *op. cit.*, p. 312.
Marmo, *op. cit.*, pp. 47-48 ; *contra*, Arminjon, *op. cit.*, vol. III, p. 356.

Ne rentre pas non plus dans l'arbitrage, ainsi que nous l'avons d'ailleurs déjà relevé, bien que dans plusieurs droits il ne s'en distingue pas au point de vue terminologique, l'engagement assumé par des co-contractants de s'en remettre à un tiers pour fixer un élément du contrat [1], par exemple pour déterminer l'objet d'un contrat.

[1] La doctrine italienne parle dans ce cas d'*arbitraggio*, par opposition à l'«arbitrato». Cf. Marmo, *op. cit.*, p. 45.

L'art. 1349 du Code civil italien prévoit : « Si la détermination de la prestation résultant du contrat est attribuée à un tiers et qu'il n'appert pas que les parties aient voulu s'en remettre simplement à sa discrétion, le tiers doit procéder à une appréciation équitable. Si cette détermination du tiers vient à manquer, ou si elle est manifestement inique ou erronée, la détermination est faite par le juge. »

Le tiers a mission de déterminer un élément de l'acte juridique qui intentionnellement ne l'a pas été par les parties; il n'a pas à trancher un litige juridique; il complète simplement leurs déclarations de volonté; sa décision n'est jamais de nature juridictionnelle, mais contractuelle. Le droit anglais considère aussi que la simple nomination d'un tiers appelé à fixer un prix (à faire une estimation ou à trancher une question pour le compte des deux parties, par exemple à examiner une marchandise pour s'assurer qu'elle est conforme à l'échantillon) ne relève pas de l'arbitrage, mais constitue une tentative pour prévenir un litige.

Comp. J. E. James, *op. cit.*, p. 7.

De même, ne peut être assimilée à l'arbitrage privé, la transaction qui n'est pas un acte tranchant un litige, comme la sentence d'un juge, mais un contrat bilatéral dans lequel les co-contractants disposent chacun de leurs propres droits et mettent fin à un litige ou préviennent un litige par des concessions réciproques (cf. Marmo, *op. cit.*, p. 41). Elle se distingue profondément de l'arbitrage privé en ce qu'elle intervient directement entre des parties qui font les sacrifices nécessaires pour éliminer un différend, alors que par le compromis ce résultat n'est obtenu que d'une manière médiate par les pouvoirs conférés aux tiers; mais le litige lui-même n'est ni réglé, ni modifié par la clause arbitrale; les intéressés maintiennent en principe leurs prétentions et s'en rapportent à une sentence de ces tiers pour les admettre ou les écarter.

La différence technique entre les deux institutions est manifeste, même dans les législations où la transaction judiciaire a entre les parties l'autorité de la chose jugée.

Dans ce sens, arrêt du Tribunal fédéral suisse, du 28 mai 1915, dans la cause Jörg c/ Jörg, *Journal des Tribunaux* 1939, p. 255.

B. *Les points de rattachement*

La nature juridique de l'arbitrage privé étant fixée, le premier problème à résoudre est celui de la détermination des points de rattachement qui permettront de découvrir quel droit il faudra appliquer.

Relevons d'emblée, pour éviter toute équivoque, que la loi applicable à l'arbitrage privé ne doit pas être confondue avec celle régissant le litige quant au fond; cette loi doit être déterminée selon les règles spéciales du droit international privé relatives à la question litigieuse.

Les points de rattachement de l'arbitrage privé dans les relations internationales doivent être dégagés et précisés sur la base de considérations rationnelles, en tenant compte de la nature particulière de cette institution qui, nous l'avons établi, est à la fois d'ordre conventionnel et juridictionnel. Il ne faut pas oublier cette double nature juridique dans la recherche de la loi applicable.

Votre rapporteur ne s'est laissé influencer par aucun système national, ni aucune doctrine *a priori*. Il considère que l'Institut est en quelque sorte dans la situation d'un législateur devant un problème de droit international privé auquel il se propose, *de lege ferenda*, de donner la solution la mieux justifiée théoriquement et la plus opportune pratiquement. Il s'est, en revanche, inspiré en partie des accords ayant déjà réglementé l'arbitrage privé dans les relations internationales, comme le Protocole de Genève du 24 septembre 1923 et la Convention de Genève du 26 septembre 1927; il s'est efforcé aussi de répondre aux

vœux des praticiens, et il a placé au premier plan de cette source d'information les travaux de la Chambre de Commerce internationale à Paris et de l'Institut International de Rome pour l'unification du droit privé; sur un autre plan, celui de la solution des conflits de lois, et non pas de l'élaboration d'une loi uniforme, il a, comme ces importants organismes, la préoccupation de trouver des solutions qui puissent rencontrer une approbation aussi large que possible, et même universelle de la part des praticiens, sans omettre les milieux anglais et américains qui occupent dans le monde des affaires une position dominante; leurs conceptions particulières ne doivent pas être ignorées, comme c'est trop souvent le cas dans les traités d'unification des règles de fond ou des règles de rattachement visant à éliminer ou résoudre des conflits de lois [1]. L'arbitrage privé joue, et est appelé à jouer, un rôle de plus en plus grand dans les relations économiques mondiales; les solutions à retenir seront celles dont la reconnaissance pourra le plus aisément être obtenue non seulement entre Etats appartenant au même continent, mais entre ceux de continents différents.

L'analyse de l'arbitrage privé nous a révélé sa double nature juridique. Il en résulte logiquement que tous ses éléments ne pourront pas être soumis à une seule et unique loi, car ils ont des points de rattachement différents. Ce procédé de la division d'un rapport en éléments soumis à des lois différentes,

---

[1] Nous pensons notamment aux Conventions de Genève sur la lettre de change et les billets à ordre du 7 juin 1930, et relevons à propos du projet de loi uniforme élaboré par l'Institut de Rome en décembre 1938, que les Comités nationaux américain, australien et britannique n'ont pas adhéré aux paragraphes de la Résolution dans lesquels le Congrès de la Chambre de Commerce internationale exprime l'avis que l'adoption de l'Avant-projet par les principaux Etats faciliterait le recours à l'arbitrage pour les contrats conclus avec l'étranger. Le Comité national japonais a aussi fait des réserves sur la Résolution. Cf. *Projet d'une loi uniforme sur l'arbitrage en droit privé et rapport*, Rome 1938, p. 11.

parce qu'ils relèvent de points de rattachement particuliers, est familier aux internationalistes. Ce n'est qu'une application du principe cartésien qui recommande de diviser les problèmes en autant de parties qu'il se peut pour les mieux résoudre.

Pour complexe qu'elle soit, l'institution de l'arbitrage privé n'en est pas moins une institution unique. Ses éléments de droit privé se réfléchissent dans ceux de droit public, et inversement; il faut donc découvrir un point de rattachement principal qui permettra de déterminer la loi gouvernant en principe cette institution, en sorte que les autres points de rattachement à considérer pour des éléments particuliers de l'arbitrage auront une portée complémentaire.

Cf. dans ce sens Marmo, *op. cit.*, 35, 36 note 2.

Le caractère conventionnel de l'arbitrage privé a pour conséquence de le rattacher, conformément à la théorie des indices, à l'Etat avec lequel il a le contact local le plus étroit. Cet Etat peut être facilement déterminé; c'est de toute évidence le pays où la procédure arbitrale doit effectivement se dérouler, celui où s'effectue le travail arbitral, où se trouve le siège du tribunal arbitral, où la sentence doit être rendue. C'est de beaucoup la relation locale la plus importante du rapport juridique créé par le contrat d'arbitrage. M. *Bagge* le reconnaît lui-même dans ses observations, p. 37, lorsqu'il dit que « le rattachement le plus étroit, évidemment, quant au procédé même du travail arbitral, c'est au pays où ce travail aura lieu ».

Nussbaum, *Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen*, vol. I, pp. 20-21, admet aussi que la loi de l'Etat où se déroule la procédure arbitrale est de loin la relation locale la plus importante du rapport juridique créé par le contrat d'arbitrage.

La théorie des indices n'est cependant suivie ni par l'unanimité de la doctrine, ni par la jurisprudence de tous les Etats; loin de là. Il n'est donc pas superflu d'établir que l'application

de la théorie classique de l'autonomie de la volonté ne saurait aboutir à une autre solution, précisément en raison des relations très étroites de l'institution de l'arbitrage privé avec le droit de procédure.

En vertu de l'autonomie de la volonté, les parties ont le droit de déterminer la loi applicable à tout l'arbitrage, soit expressément, soit tacitement. Or, la nature juridictionnelle de l'arbitrage s'y oppose, en partie. La convention d'arbitrage peut être assimilée dans les relations internationales à une élection de for étranger; dans l'exercice de leur autonomie les parties peuvent se soumettre à des juges étrangers et cela entraînera l'application de toutes les règles de procédure et de toutes les dispositions impératives de la loi du for choisi. Il en est de même de l'arbitrage privé dans les relations internationales. Il se fonde nécessairement sur un droit positif qui comprend aussi des règles de procédure et des dispositions impératives. Elles détermineront les cas de nullité de la sentence arbitrale, comme elles régiront les conditions des recours en appel, des pourvois en cassation, des demandes en revision et autres voies de recours. Ces divers moyens de droit ne peuvent être exercés que conformément à la législation du pays où se déroule l'arbitrage, sans égard à la loi que les parties ont désignée dans l'exercice de leur autonomie. Il est vrai que celle-ci est très étendue et que les parties peuvent librement déterminer dans le contrat d'arbitrage la procédure à suivre par les arbitres, ou leur laisser le soin de la déterminer, comme elles peuvent aussi renoncer à l'appel. Mais il est des règles de l'Etat du siège qui sont strictement impératives et auxquelles les parties ne peuvent déroger; elles concernent le droit que tout Etat se réserve de contrôler dans une certaine mesure les opérations d'arbitrage et de reviser les sentences arbitrales ou d'en prononcer la nullité. Telles sont les règles obligeant les arbitres de délaisser les parties à se pourvoir s'il est formé

inscription de faux, même purement civile, ou s'il s'élève quelque incident criminel; celles sur la requête civile prise contre les jugements arbitraux dans de nombreuses législations, par exemple en droit français (art. 1026 C.P.C.); celles sur le dépôt obligatoire de la sentence au greffe du tribunal, et surtout toutes celles concernant la nullité des sentences arbitrales. On ne conçoit pas qu'en vertu d'une autre loi que la sienne l'Etat du siège du tribunal arbitral puisse exercer ces droits de contrôle et de revision par ses organes judiciaires.

Il est dès lors fort compréhensible que quelques législations, comme celle de l'Italie, déclarent expressément que l'arbitrage doit avoir lieu sur le territoire de l'Etat dont la loi est compétente. Cette règle est d'une observation aisée lorsque les parties ont expressément indiqué dans le compromis la loi devant régir l'arbitrage; celui-ci ne pourra se dérouler sur le territoire de l'Etat qui a adopté une disposition de ce genre que si sa loi régit l'arbitrage. Il est, en revanche, plus difficile de l'observer lorsque le contrat d'arbitrage est muet au sujet du droit applicable; il faudra alors déterminer préalablement la loi qui régit l'arbitrage et ensuite fixer le siège du tribunal dans l'Etat qui a promulgué cette loi. On est donc en présence d'une règle de droit interne qui ne permet pas de trancher le problème de droit international privé que soulève la détermination du droit à appliquer à l'arbitrage privé, mais qui, indirectement, reconnaît l'importance du point de rattachement que constitue le siège du tribunal puisqu'elle exige que la loi de ce siège coïncide avec la loi applicable à l'arbitrage.

Le même résultat peut être obtenu par un procédé différent en prévoyant que l'arbitrage doit être régi par le droit du lieu où les arbitres opèrent, donc par la loi du siège du tribunal arbitral.

C'est la solution dont se sont inspirés les auteurs du Protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage.

Art. 2 : « La procédure de l'arbitrage y compris la constitution du tribunal arbitral est réglée par la volonté des parties et par la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu. »

Nous accordons volontiers à M. *Bagge* que cette formule est ambiguë et qu'on peut l'interpréter en ce sens que seules les règles impératives du pays du siège sont réservées.

Mais est aussi parfaitement soutenable l'opinion selon laquelle cet article implique que tout l'arbitrage, y compris le compromis, est gouverné à la fois par la volonté des parties et par la loi du pays où l'arbitrage a lieu.

Dans ce sens Balladore Pallieri, *op. cit.*, p. 389 qui a déclaré « sans possibilité de controverse que cette même loi a qualité pour régler le compromis et tout l'arbitrage ». V. aussi p. 396.

Cette disposition est d'autant plus importante qu'elle est rare, à ma connaissance, dans le droit interne promulgué par les Etats. Ceux-ci, par le Protocole de Genève, ont donc adopté une nouvelle règle de rattachement, celle qui est préconisée par votre rapporteur. Nous sommes d'autant plus autorisés à affirmer que le point de vue que nous défendons est conforme aux tendances internationales modernes dans le domaine de l'arbitrage privé, que la prédominance de la loi du pays où la sentence a été rendue est encore implicitement reconnue par la Convention de Genève pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, du 26 septembre 1927, puisque toute question concernant un arbitrage est du ressort exclusif des juges de l'Etat dont la procédure est appliquée à l'arbitrage.

Dans ce sens, Balladore Pallieri, *op. cit.*, pp. 398-399. L'art. 3 de cette convention prévoit : « Si la partie contre laquelle la sentence a été rendue établit qu'il existe d'après les *règles de droit applicables à la procédure d'arbitrage* [1] une cause... qui lui permette de contester en justice la validité de la sentence, le juge pourra, s'il lui plaît, refuser

[1] Relevons que le Protocole de 1923 et la Convention de 1927 sont liés et que celle-ci ne peut être ratifiée que par les Etats qui ont ratifié

la reconnaissance ou l'exécution, ou les suspendre en donnant à la Partie un délai raisonnable pour faire prononcer la nullité par le tribunal compétent.»

La prédominance accordée à la loi du siège résulte enfin du rapport établi par l'Institut international de Rome à propos du projet d'une loi uniforme sur l'arbitrage en droit privé. Il contient les affirmations suivantes auxquelles nous souscrivons pleinement : « Le lieu de l'arbitrage a dans le système du projet une importance toute particulière, parce qu'il peut servir... à déterminer quel est le tribunal compétent en un certain nombre de cas... Le précédent de nombreuses législations et la *faveur non ambiguë de la pratique* justifient la solution ainsi adoptée. » (*Rapport*, p. 51.) Ce point de vue a reçu l'approbation de la Chambre de commerce internationale qui n'a proposé aucun amendement à l'art. 15 du Projet dont les phrases qui précèdent ne sont que le commentaire. Il est conforme aussi à la pratique de la Cour d'arbitrage créée par cette Chambre qui n'arbitre pas elle-même de différends, mais se borne à contrôler l'application du règlement d'arbitrage et à prendre toutes mesures utiles à cet effet. Parmi ces mesures figure toujours l'indication du lieu de l'arbitrage.

La cause nous paraît donc entendue. Votre rapporteur s'est engagé dans la bonne voie, celle qui est suivie par les organismes internationaux qui, dans le domaine international de l'arbitrage privé, ont accumulé le plus d'expériences et ont pris les initiatives les plus intéressantes et les plus hardies.

La reconnaissance du siège du tribunal arbitral comme point de rattachement principal permet de trancher très clairement la plupart des conflits de droit international et de simplifier considérablement la situation juridique. Cette propo-

---

celui-là. Les règles applicables à la procédure d'arbitrage sont indubitablement celles du pays où l'arbitrage a lieu (art. 2 du Protocole de Genève de 1923).

sition fait dépendre le droit compétent de la volonté des parties et du lieu où l'arbitrage se développe; il en résulte nécessairement que l'autonomie des parties ne peut pas être absolue dans le domaine de l'arbitrage privé. Sa délimitation peut être opérée clairement en faisant les distinctions suivantes :

a) Les parties peuvent librement déterminer, en vertu de leur autonomie, le lieu où siégera le tribunal arbitral, sans préciser la loi applicable à l'arbitrage; ce sera alors la loi en vigueur dans l'Etat de ce siège qui devra être censée tacitement adoptée par elles; cette solution, nous venons de le voir, est expressément consacrée par les Etats qui ont adopté le principe que l'arbitrage est régi par les lois du pays où les arbitres opèrent.

b) Les parties peuvent aussi déterminer *expressis verbis* la loi applicable à l'arbitrage, sans indiquer le lieu où les arbitres doivent siéger; leur commune intention devra alors être interprétée en ce sens qu'elles auront entendu fixer ce siège dans le pays dont la loi est applicable, solution qui correspond à la règle admise par quelques Etats, comme nous l'avons aussi indiqué ci-dessus, exigeant que l'arbitrage réglé par la loi nationale ait lieu sur leur territoire; cette règle peut être généralisée par interprétation de la volonté des parties.

c) Les parties peuvent n'avoir déterminé ni le lieu du siège du tribunal arbitral, ni la loi applicable à l'arbitrage; il faudra alors inférer de ce silence qu'elles ont entendu laisser aux arbitres le soin de fixer le lieu où le tribunal siégera, et la loi applicable sera celle en vigueur en ce lieu.

Dans ce sens l'art. 15 du Projet de loi uniforme rédigé par l'Institut de Rome : « Les parties *fixent le lieu* de l'arbitrage et les formes et délais de procédure à suivre par la juridiction arbitrale. Si elles ne l'ont pas fait avant le moment où les arbitres ont accepté leurs fonctions, il *appartient à la juridiction arbitrale de le faire.* »

Ce texte est accompagné du commentaire suivant : « Le pouvoir des parties de fixer le lieu et la procédure de l'arbitrage cesse au moment où les arbitres ont accepté leur fonction, comme l'exige l'indépendance de la juridiction arbitrale. A partir de ce moment, c'est aux arbitres qu'il appartient de combler les lacunes de la convention des parties. Le Comité n'a pas eu d'hésitation à accepter cette solution. »

(*Rapport*, p. 51.)

d) Enfin, éventualité peu fréquente mais dont on trouve des exemples dans la jurisprudence, les parties peuvent déterminer le lieu du siège du tribunal arbitral, mais prévoir que celui-ci sera régi par la loi d'un autre Etat; citons, à titre d'exemple, l'arrêt de la Cour de Cassation française déclarant colombienne une sentence arbitrale prononcée conformément au compromis, par un tribunal arbitral siégeant à Paris, mais d'après le droit colombien, élu par les parties; il faudra alors constater qu'elles auront adopté deux propositions difficilement conciliables l'une avec l'autre. Dans des éventualités de ce genre, les solutions à adopter devraient être à mon avis les suivantes :

d_1) Si les lois *des deux Etats consacraient* la règle selon laquelle l'arbitrage doit avoir lieu dans l'Etat dont la loi est applicable, la stipulation du contrat fixant le siège dans un autre Etat ne devrait pas sortir ses effets; l'arbitrage devrait se dérouler dans l'Etat dont la loi aurait été choisie, car il serait reconnu dans l'Etat du siège conventionnel, puisque, en vertu de son propre droit, la loi applicable à l'arbitrage détermine le siège, et que, cette condition n'étant pas remplie pour ce qui le concerne, l'arbitrage sur son territoire ne pourrait se réaliser; ses juges ordinaires ne pourraient pas être saisis du litige, en raison de la clause du contrat d'arbitrage prévoyant l'applicabilité d'une autre loi que la sienne; les juges ordinaires de l'Etat dont la loi est applicable ne pourraient, de leur

côté, que reconnaître la régularité de l'arbitrage sur le territoire de leur Etat, puisqu'il répondrait à une condition fondamentale de leur loi interne faisant coïncider le siège du tribunal arbitral avec la loi applicable; l'arbitrage sortirait donc tous ses effets dans des conditions entièrement régulières.

d_2) Si les lois des *deux Etats ignoraient* la règle liant le siège du tribunal arbitral à l'Etat dont la loi est applicable, ce serait la loi élue par les parties qui serait paralysée; l'arbitrage se déroulerait sur le territoire de l'Etat où le siège du tribunal arbitral a été conventionnellement fixé et selon la loi de cet Etat, pour tout ce qui concerne les pouvoirs et les compétences des magistrats étatiques car ils ne peuvent pas dépendre d'une loi étrangère; l'arbitrage pourrait être reconnu sans inconvénient par l'Etat dont la loi a été choisie puisqu'il n'exigerait pas que les opérations se déroulassent sur son territoire; les règles de cette loi ne pourraient, en revanche, pas être suivies pour tout ce qui est relatif au contrôle de l'arbitrage et à la revision de la sentence, qui ne peuvent être régis que par la loi de l'Etat du siège.

d_3) Si la loi d'*un des deux Etats consacrait* la règle prescrivant que l'arbitrage se déroulât sur le territoire de l'Etat dont la loi est applicable, alors que *l'autre l'ignorerait* et poserait le principe contraire que l'arbitrage dût être régi par la loi du pays où les arbitres opèrent, le conflit se présenterait à l'état aigu et il faudrait alors choisir entre l'une ou l'autre des deux lois, sans avoir la certitude absolue que les effets de l'arbitrage seraient reconnus dans les deux Etats; à mon avis la prédominance devrait aussi être accordée à la loi du siège, dans la mesure et pour les raisons indiquées sous litt. *d_2)*, parce qu'il est

socialement utile et recommandable de reconnaître la compétence de cette loi pour régler l'arbitrage. Les effets de celui-ci seraient-ils reconnus dans l'Etat dont la loi a été choisie par les parties, mais qui ne serait pas celui du siège ? Cela dépendrait du caractère plus ou moins impératif qu'il attribuerait à sa règle de droit interne faisant dépendre le siège du droit applicable; on peut très bien concevoir qu'il en limite l'application aux seuls cas d'arbitrage interne, convenus entre parties domiciliées sur son territoire ou y ayant un établissement industriel ou commercial, mais qu'il ne lui attribue pas un caractère d'ordre public dans les relations internationales, c'est-à-dire lorsque l'arbitrage serait convenu entre parties relevant de souverainetés étatiques différentes. Si on voulait accorder la préférence à la loi choisie par les parties sur celle du siège fixé de commun accord par elles, les effets de l'arbitrage qui se serait déroulé dans le pays de la loi élue seraient sûrement méconnus dans l'Etat du siège, dont les magistrats ne pourraient éviter de constater qu'il aurait eu lieu dans un pays autre que celui fixé de commun accord par les parties. La prédominance ainsi accordée à la loi du siège s'impose encore par application des principes généraux d'interprétation des contrats qui enseignent que lorsqu'une clause est ambiguë, on doit plutôt l'entendre dans le sens avec lequel elle peut produire quelque effet, que dans celui avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.

La solution ici préconisée est favorable au développement de l'arbitrage privé en ce qu'elle permet de faire coïncider dans tous les cas la loi du lieu où se développe l'arbitrage avec la loi qui le régit, ce qui est d'une incontestable opportunité.

Les distinctions que nous avons faites répondent à la double nature de l'arbitrage privé. En tant qu'institution conventionnelle, les conflits de lois auxquels il peut donner lieu sont régis par les principes du droit international privé gouvernant les conventions et conduisent à l'application de la loi du lieu du siège du tribunal arbitral, soit directement par application de la théorie des indices, soit indirectement, par la recherche de la volonté des parties. Mais celle-ci n'est pas absolue. Elle ne peut être retenue que dans la mesure où le permet la nature juridictionnelle de l'arbitrage. En vertu de leur autonomie les parties peuvent librement déterminer le lieu du siège de l'arbitrage, mais le choix du siège entraîne l'application de la loi de l'Etat de ce siège à tout le contrôle et à tous les moyens de revision de l'arbitrage par les autorités judiciaires. Le domaine de l'autonomie est ainsi bien circonscrit à ce qui relève de la seule volonté des parties, et l'équilibre entre les deux natures juridiques de l'arbitrage privé est rétabli.

La solution proposée est de nature à soulever cependant diverses objections qu'il ne convient pas de passer sous silence. Elles résultent de la difficulté de fixer parfois le siège du tribunal arbitral.

Une première difficulté peut se présenter lorsque les arbitres siègent successivement dans des Etats différents, ce qui arrive fréquemment dans la pratique. Comment déterminer la loi applicable à l'arbitrage puisque celui-ci se déroule dans plusieurs Etats ? Il faut alors distinguer selon que les parties ont ou n'ont pas déterminé dans le contrat d'arbitrage le lieu où doit siéger le tribunal arbitral.

Le plus souvent, les parties fixent ce siège dans le compromis, ou la clause compromissoire, bien que ce ne soit pas une condition de sa validité en droit interne. La détermination de la loi applicable n'offrira aucune difficulté. Il en sera ainsi même si les arbitres se réunissent successivement dans diffé-

rents pays, à moins que les parties ne conviennent ultérieurement, ce qu'il leur est toujours loisible de faire, de donner un nouveau siège au tribunal; ce sera alors la loi de l'Etat de ce nouveau siège qui sera applicable à l'arbitrage.

Dans ce sens art. 2 de la loi suédoise du 14 juin 1919 sur les conventions arbitrales et sentences arbitrales étrangères : « Si une convention arbitrale prévoit que la procédure arbitrale aura lieu dans un Etat étranger déterminé, la loi de cet Etat lui sera applicable. » Comp. *L'arbitrage commercial et la loi suédoise.* Brochure n° 122, 1947, de la Chambre de commerce internationale, p. 20.

Il en sera de même, si le compromis ou la clause compromissoire abandonne aux arbitres le choix du siège; une clause de ce genre doit être interprétée comme une acceptation expresse, donnée d'avance par les parties, du siège du tribunal tel qu'il sera fixé par les arbitres, et un engagement implicite de se soumettre à la loi qui résultera de ce choix.

Le problème devient plus embarrassant lorsque le compromis ne contient aucune précision sur le point qui nous occupe. Il faut alors l'interpréter comme une autorisation tacite donnée aux arbitres par les parties de fixer librement le siège, et par conséquent aussi la loi applicable à l'arbitrage. Ce siège sera celui où le tribunal se constituera, donc le lieu où il tiendra sa première séance. En effet, les arbitres, au moment où ils entrent en fonction, doivent examiner la validité du compromis ou de la clause compromissoire; ils doivent se préoccuper des formalités à remplir pour que leur sentence puisse être rendue exécutoire par les autorités d'un Etat; ils doivent envisager aussi l'éventualité d'un appel de leur sentence, d'un pourvoi en cassation, d'une requête civile, d'une demande de nullité ou de révocation. Ils sont ainsi placés devant l'inéluctable obligation, à peine d'engager leur responsabilité, de déterminer le siège de leur tribunal. S'ils se réunissent une première fois

dans un Etat et décident de siéger ultérieurement dans un ou plusieurs autres Etats, ils doivent prendre la précaution de fixer dans un procès-verbal d'audience, le lieu qu'ils considèrent comme celui du siège véritable du tribunal arbitral et où la sentence devra être rendue, car leur arbitrage relève nécessairement d'une loi étatique. Donc sauf réserve formelle en faveur d'un autre lieu, le siège de l'arbitre doit être fixé, dans l'hypothèse ici envisagée, dans l'Etat où les arbitres se réunissent pour la première fois, et la loi de cet Etat sera applicable en principe.

Enfin, cas rare, la sentence arbitrale peut n'exiger le développement d'aucune procédure probatoire et être rendue par correspondance. Par exemple, un tribunal arbitral chargé de trancher uniquement un point de droit litigieux entre les parties est composé de trois arbitres, l'un en Suisse, l'autre en Allemagne et le troisième en Autriche; les arbitres ne se réunissent jamais et adoptent la sentence par simple échange de correspondance. Où se trouve le siège du tribunal ? Il faudrait alors le fixer au domicile du surarbitre (même si la désignation de celui-ci était confiée aux arbitres), car en cas de désaccord, ce serait rompre le principe de la parité qui doit exister entre les parties, que de donner aux juges de la nationalité ou du domicile d'une seule des parties, le droit de procéder à cette désignation (sauf naturellement disposition contraire contenue dans le compromis ou la clause compromissoire). En cas d'arbitre unique, le siège sera le lieu du domicile de celui-ci. Si les arbitres étaient en nombre pair et domiciliés dans des Etats différents, ils devraient s'entendre pour fixer le siège juridique de leur tribunal; s'ils n'arrivaient pas à se mettre d'accord, il faudrait reconnaître, sauf convention contraire des parties, que la convention arbitrale serait inapplicable. Le droit suédois contient une disposition de ce genre pour le cas où la désignation d'un arbitre s'avère impossible.

Art. 8, al. 2 de la loi suédoise du 14 juin 1929 sur l'arbitrage : « Si un autre arbitre doit être nommé par une personne autre que les parties ou les arbitres et que ladite personne ne procède pas à cette nomination dans un délai raisonnable, la convention arbitrale, sauf convention contraire des parties, cessera d'être applicable au litige en question. »

Divers auteurs estiment que la loi applicable devrait être celle du lieu de reddition de la sentence et en cas de décision arbitrale prise par correspondance, celle du lieu où la dernière signature a été apposée.

Homberger, *op. cit.*, p. 17.

Cette solution se heurte à l'objection décisive que la loi compétente doit être déterminée dès que l'arbitrage commence, après l'acceptation de leurs fonctions par les arbitres, mais déjà avant la reddition de la sentence, car elle peut être appelée à être appliquée déjà au cours du développement de l'arbitrage. Elle ne peut donc être que la loi du siège.

Ce sont principalement les quelques difficultés que peut susciter la détermination du siège du tribunal arbitral qui ont motivé les critiques de nos éminents confrères, MM. *Arminjon*, *Bagge*, *Lémonon* et *Lewald*. Elles ne doivent pas être exagérées, ni conduire au rejet de nos propositions. Dans la réalité, ainsi que l'ont relevé la plupart des membres de la XIVe Commission, les sentences arbitrales sont loyalement et volontairement exécutées par les parties. Si des différends surgissent entre elles, la combinaison si heureusement qualifiée par M. *Borel* de « loi et siège » est simple, cohérente et logique; elle est d'une application facile dans la plupart des cas; elle répond enfin aux besoins de la pratique. Si cette solution était adoptée, on pourrait s'attendre, grâce à l'influence de la Chambre de Commerce internationale, à sa généralisation dans les usages du commerce; les intéressés finiraient par introduire régulière-

ment dans leurs compromis et clauses compromissoires une disposition fixant le lieu où les arbitres doivent siéger et les difficultés que j'ai objectivement signalées disparaîtraient peu à peu[1].

Il reste, pour établir définitivement le bien-fondé de nos propositions, à examiner quelques autres solutions préconisées par la doctrine.

L'éminent savant qu'est M. *Arminjon* propose dans le contre-projet qu'il a élaboré, d'appliquer à l'arbitrage privé des lois différentes aux divers problèmes de droit international privé qui surgissent; il aboutit à une réglementation beaucoup plus compliquée que la nôtre, et les critiques qu'il nous adresse peuvent se retourner contre ses propositions. Il estime que les Résolutions de notre Compagnie devraient s'étendre à l'arbitrage légalement obligatoire, ce que nous avons écarté pour les raisons indiquées précédemment. Ses solutions sur la capacité de compromettre et sur celle des arbitres ne correspondent pas à celles du présent rapport en ce qu'elles accordent trop d'importance à la *lex patriae* et admettent le renvoi. Sur la forme du compromis nous proposons une réglementation plus libérale que la sienne. Il recommande encore d'appliquer le droit qui régit le litige selon les règles (de rattachement ?) de la résidence commune des parties ou si elles résident dans des pays différents, selon celles de la loi du lieu de conclusion du compromis, à la question de savoir si ce droit peut faire l'objet d'un arbitrage (art. 4); il nous paraît impossible de recommander l'observation de règles de rattachement qui ne

---

[1] Voici à titre d'exemple, l'art. 13 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, en vigueur depuis le 1er juillet 1947 : « L'arbitrage a lieu dans le pays et dans la localité fixée par la Cour d'Arbitrage, à moins que les parties ne soient convenues d'avance du lieu de l'arbitrage. »

seraient pas celles du pays du for. Selon l'art. 5, M. Arminjon veut appliquer la même loi au droit de compromettre du mineur, de l'interdit, du mandataire général, d'un des époux lorsqu'il s'agit de droits matrimoniaux, du gérant d'une société, du syndic d'une faillite, de l'exécuteur testamentaire. Il y a, dans cette proposition, une certaine confusion entre la capacité de compromettre et le pouvoir de compromettre; nous les avons distingués. C'est aussi la loi de la résidence, ou éventuellement la *lex loci contractus*, qui devrait régler les droits réciproques des parties et des arbitres, si les parties n'avaient pas désigné elles-mêmes la loi applicable; cette proposition est peu satisfaisante. Tout d'abord parce que, lorsque les parties ont une résidence commune dans le même pays, le fait qu'elles fixent elles-mêmes le lieu où les arbitres doivent fonctionner implique leur soumission aux règles de cet Etat étranger sur l'arbitrage privé. L'exemple cité par M. Arminjon (observations, p. 28) est particulièrement peu probant, puisque ce serait, en cas semblable, la loi suédoise elle-même qui ordonnerait l'application du droit français.

Loi suédoise du 14 juin 1929 sur les conventions arbitrales et sentences arbitrales étrangères :

« Art. 1er. — Sont réputées étrangères les conventions arbitrales prévoyant *que la procédure d'arbitrage aura lieu hors du Royaume.* »

« Art. 2. — Si une convention arbitrale prévoit que la procédure d'arbitrage aura lieu *dans un Etat étranger déterminé, la loi de cet Etat lui sera applicable.* »

Ensuite, l'application de la *lex loci contractus*, dans l'éventualité où les parties résident dans des pays différents, soulève de nombreuses difficultés; elle est fondée sur un point de rattachement qui est souvent réalisé d'une manière occasionnelle, ainsi que l'expérience l'enseigne; elle ne fournit pas de solution lorsque la convention d'arbitrage est conclue par correspon-

dance et que la loi de l'auteur de l'offre et celle de l'acceptant suivent des théories différentes pour fixer le moment, et partant le lieu, où le contrat est devenu parfait; nous sommes alors en présence d'un conflit de qualification, sans avoir la ressource d'une *lex fori* pour le résoudre; enfin elle se heurte au droit et à la jurisprudence de tous les Etats qui préfèrent à la *lex loci contractus*, la loi du lieu d'exécution pour les conflits concernant les règles du droit des obligations.

Si nous pouvons, avec M. Arminjon, mais non sans réserves[1], reconnaître la compétence de la loi du pays où le compromis ou la sentence arbitrale sont invoqués pour ce qui en concerne les effets dans ce pays (art. 7), l'exigence cumulative de l'observation de la loi de la résidence et de celle du pays où les effets de l'arbitrage se produisent pour la réglementation des recours (art. 7 *in fine*) ne résoudrait pas le conflit entre deux lois ayant des dispositions différentes, sans parler du cas, non réglé par l'auteur de ce contre-projet, où les parties résideraient dans des pays différents.

Il ne semble donc pas qu'une conciliation soit possible entre les conceptions de notre éminent confrère et celles des membres de la XIVe Commission qui ont approuvé les principes qui ont guidé votre rapporteur dans l'élaboration du travail qu'il soumet à votre appréciation.

L'application de la loi nationale qui est préconisée par M. *Lémonon* pour presque tous les conflits de lois que peut susciter l'arbitrage privé n'est pas mieux fondée. La *lex patriae* devrait s'appliquer à la capacité et au pouvoir de compromettre, à la validité du contrat d'arbitrage, aux rapports entre les parties et les arbitres, à la procédure, à la compétence des

[1] Par exemple la force de chose jugée de la sentence ne saurait dépendre de la loi du pays où la sentence est invoquée; ce pays ne peut que refuser de la reconnaître ou de l'exécuter.

arbitres de statuer sur la nullité du contrat d'arbitrage, au droit applicable au fond du litige lorsque les parties n'ont pas indiqué le droit sur la base duquel la sentence doit être rendue; il restreint considérablement l'application de la loi du siège et la limite au cas où les parties l'ont choisie et aux formalités consécutives au prononcé de la sentence.

Même en faisant, comme notre éminent confrère, prédominer le caractère de droit privé sur le caractère juridictionnel, de droit de procédure, de l'arbitrage privé, l'application de la loi nationale est rejetée par les principes de droit international privé suivis dans la plupart des Etats. La substance des obligations n'est gouvernée par cette loi que dans quelques systèmes juridiques, comme celui du droit italien (art. 25, Disposizioni sulla legge in generale, précédant le nouveau C.C. it.) lorsque les parties ont la même nationalité, sauf adoption par elle d'une loi différente. La nationalité n'est pas un point de rattachement généralement reconnu en droit international privé, en matière conventionnelle, et il est particulièrement indiqué d'en faire abstraction pour des conventions aussi inextricablement liées au droit de procédure que le sont les compromis et les clauses compromissoires. Des solutions fondées sur la *lex patriae* n'auraient aucune perspective d'obtenir l'approbation du monde anglo-saxon. Enfin elles sont, comme j'espère l'avoir démontré, contraires aux tendances les plus modernes des lois internes sur l'arbitrage privé. La nationalité n'est pas un point de rattachement à retenir dans les relations commerciales internationales.

Dans ce sens, Arminjon, *op. cit.*, vol. III. p. 360.

V.

Les lois applicables à l'arbitrage privé

La loi du siège du tribunal arbitral dont je crois avoir établi la justification pour régir l'arbitrage privé dans les relations

internationales n'est cependant pas compétente pour tous les conflits de lois qui peuvent se produire depuis la conclusion du contrat d'arbitrage jusqu'à son aboutissement par la reddition de la sentence et, éventuellement, son anéantissement par la voie judiciaire.

Il nous faut donc envisager tous les problèmes spéciaux que suscite cette institution en droit international privé.

A. *La capacité de compromettre*

Le premier point à élucider est celui de la loi applicable à la faculté même de compromettre. Il ne soulève pas de grandes difficultés.

Le droit de recourir à l'arbitrage se confond avec la capacité de contracter et d'ester en justice; celle-ci est un élément de la capacité civile générale du sujet de droit, et, en cas de conflit de lois, elle est réglée par la loi applicable en vertu des principes de droit international privé en vigueur dans le pays où la question se pose : loi nationale de chacune des parties dans la plupart des législations de l'Europe continentale, ou loi du domicile de chaque partie, ou la loi du lieu de conclusion du contrat d'arbitrage, d'après les tendances les plus récentes de la jurisprudence et de la doctrine anglo-américaines, ou loi nationale mitigée par la *favor negotii* (droit suisse, droit allemand, jurisprudence française).

C'est une de ces lois qui décidera si un incapable a la faculté de compromettre, ou si son représentant légal pourra le faire à sa place, soit librement, soit avec l'approbation des autorités tutélaires ou autres prévues par la loi compétente; c'est celle aussi qui gouvernera la capacité de compromettre de la femme mariée.

B. *Le pouvoir de compromettre*

La capacité de compromettre ne doit pas être confondue avec le pouvoir de compromettre. Celui-ci dépend de la nature de l'objet du litige.

Dans tous les Etats, les lois ou la jurisprudence précisent les conditions auxquelles des différends, ou certaines catégories de différends, peuvent être soustraits à la connaissance des tribunaux pour être soumis à des arbitres. Partout, on reconnaît qu'il est impossible de dessaisir les tribunaux de certaines contestations parce qu'elles ne dépendent pas de la seule volonté des parties ou portent sur des droits dont celles-ci n'ont pas la libre disposition. Les droits positifs ne concordent pas entièrement sur la détermination des litiges qui ne sont pas susceptibles d'arbitrage. Les uns excluent d'une manière tout à fait générale les différends relatifs à des prétentions dont les parties ne peuvent pas librement disposer, ainsi que les litiges sur lesquels la loi ne permet pas de transiger ou qui touchent à l'ordre public, cette notion étant interprétée de manières différentes dans les jurisprudences des divers Etats; ainsi, en droit suédois, sont exclus de l'arbitrage les différends pendants devant les tribunaux de droit commun ou faisant déjà l'objet d'une procédure d'exécution, à moins que les parties ne se désistent de l'instance. Le droit de quelques Etats n'admet pas l'arbitrage privé pour un certain nombre de contestations qu'ils indiquent en ayant recours à une casuistique plus ou moins développée; il en est ainsi des litiges avec l'Etat lui-même, des questions d'état, des actions en nullité de mariage, en divorce et en séparation de corps, des litiges relatifs aux dons et legs d'aliments, logement et vêtements, etc.; selon le droit de quelques Etats, les demandes en séparation de biens sont, parfois, soustraites à l'arbitrage, alors qu'ailleurs elles peuvent y être soumises; ou encore, d'après

certaines lois, les litiges qui, pour des raisons de fond, sont de la compétence exclusive des juges nationaux, peuvent être portés devant un tribunal arbitral national, mais non pas étranger, alors que la solution inverse est de règle dans d'autres droits. Dans un dernier type de droit on combine des interdictions de portée générale avec des défenses concernant des cas particuliers.

Les autres limitations apportées à la liberté de compromettre résultent directement de la réglementation spéciale qu'a reçue l'arbitrage privé dans les divers droits positifs. Elles sont indépendantes du fond du droit. Elles ont pour but de protéger les parties, de les garantir, dans la mesure jugée utile par un législateur, contre les aléas d'une justice qui n'est pas rendue par des juges de carrière. Telles sont, par exemple, les règles de droit positif, interdisant la clause compromissoire; celle-ci est écartée par les législateurs qui estiment qu'il est téméraire de la part des parties de soumettre à des arbitres un ensemble de litiges éventuels, souvent mal définis; toute clause conventionnelle par laquelle les parties attribuent à des arbitres la connaissance de leurs litiges futurs, sans pouvoir se représenter exactement l'objet et l'étendue de la mission arbitrale, est tenue pour dangereuse, et seul le compromis est permis qui porte sur un litige prédéterminé. Ce point de vue fut longtemps celui de la jurisprudence française; il fut d'abord restreint en France par l'art. 332 du Code de Commerce qui autorisa la clause compromissoire en matière d'assurances maritimes, puis presque abandonné par la loi du 31 décembre 1925 qui admit la validité de cette clause en matière commerciale, mais non pas civile. D'ailleurs, dans les relations internationales, la jurisprudence française décida que l'interdiction n'avait jamais été d'ordre public. En droit espagnol la clause compromissoire semble toujours être méconnue.

Faustino Ballvé, *Das Schiedsgerichtswesen in Spanien*, Jahrbuch de Nussbaum, vol. II, pp. 97 et suiv.

Mentionnons encore l'art. 2 du nouveau Code de procédure civile italien qui ne permet pas de déroger aux règles de la juridiction italienne par l'institution d'un arbitrage à l'étranger, à moins qu'il ne s'agisse d'une cause relative à des obligations entre étrangers, ou entre un étranger et un Italien qui n'est ni domicilié, ni résident en Italie.

La détermination de la loi applicable au pouvoir de compromettre fait l'objet de controverses.

Les partisans de la théorie conventionnelle de l'arbitrage privé préconisent la compétence de la loi du lieu de la conclusion du contrat, en tant que loi choisie tacitement par les co-contractants. Se fondant sur l'interprétation de la volonté des parties, ils réservent naturellement toute autre loi expressément choisie par elles. Solution contestable à deux points de vue : elle permet aux parties de tourner les règles de la *lex loci contractus*; elle méconnaît qu'en raison de sa nature juridictionnelle, l'arbitrage ne saurait entièrement relever de la théorie de l'autonomie de la volonté. C'est pourquoi M. Niboyet estime nécessaire de rendre la *lex loci contractus* obligatoire et recommande d'en imposer l'observation aux parties.

Manuel de droit international privé, N° 512 *bis*, p. 590.

Il faut ajouter à ces arguments, ceux tirés du lieu souvent fortuit où le compromis est conclu. L'accord des parties est fréquemment réalisé dans un endroit sans lien véritable avec le fond du litige, ni avec les questions relatives à l'arbitrage; il n'est pas rare que ce lieu ait quelque chose d'accidentel, et il est impossible d'en tirer rationnellement la conclusion que les parties aient entendu se soumettre à la législation qui y est en vigueur. Si une maison égyptienne conclut à Londres avec une maison italienne un contrat d'entreprise à

exécuter en Italie, et si les parties ont adopté une clause compromissoire fixant le siège du tribunal en Suisse, sous la présidence d'un surarbitre suisse, on ne voit pas pourquoi le droit anglais devrait régler la validité de ce compromis qui ne concerne en rien des intérêts anglais, puisque ni l'exécution du contrat de fond, ni celle du contrat d'arbitrage ne doivent avoir lieu en Angleterre; il n'a aucun contact local avec cet Etat.

Nombre d'auteurs soumettent le pouvoir de compromettre à la loi de l'Etat dont les tribunaux auraient été compétents pour connaître du litige si le compromis n'avait pas été conclu. Ici aussi nous rencontrons des justifications différentes selon que l'accent est mis sur la nature conventionnelle ou juridictionnelle de l'arbitrage. Les jurisconsultes qui adoptent le premier point de vue insistent sur l'effet négatif qu'a l'arbitrage puisqu'il enlève à un juge la compétence qu'il tient de la loi; ils en tirent la conclusion que la possibilité ainsi reconnue aux parties ne peut être régie que par la loi de l'Etat dont les juges sont investis de cette compétence. Les auteurs qui s'en tiennent au second point de vue estiment que, puisque les arbitres sont assimilés à des juges, la loi des juges qu'ils remplacent doit déterminer les hypothèses dans lesquelles les parties ont la faculté de recourir à l'arbitrage.

Anzilotti, *Rivista di diritto internazionale* 1906, p. 467.
Kohler, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozessrecht*, p. 191.
Leske-Löwenfeld, *Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr* I, p. 842.

Cette solution ne donne pas satisfaction. Très souvent, le litige aurait pu relever, sans le compromis, des juges de plusieurs Etats; c'est même le cas normal dans les relations internationales, puisque les parties sont domiciliées dans des pays différents, et que les tribunaux du domicile de chacune

d'elles auraient pu être compétents, selon que l'une ou l'autre eût été défenderesse dans un éventuel procès. Des conflits de compétence judiciaire internationale, comme ceux résultant de l'art. 14 C.C.fr., ou aussi du for de séquestre *(forum arresti)* qui fait souvent passer, en droit suisse, le for de l'action judiciaire dans l'Etat où le séquestre, soit saisie-arrêt, a été opéré, empêchent que la règle examinée ici ne joue de manière satisfaisante.

La doctrine dominante enseigne alors que, s'il y a deux ou plusieurs Etats dont les juges auraient été compétents pour connaître du litige en l'absence de compromis, le pouvoir de compromettre doit être apprécié dans chacun de ces Etats suivant ses propres lois. Mais lorsque ces lois contiennent des dispositions contradictoires, le conflit ne peut être résolu; le pouvoir de compromettre admis par l'une est rejeté par l'autre, et l'opposition est irréductible. Il est donc nécessaire de chercher une autre solution.

Comp. dans ce sens un arrêt fondamental du Tribunal fédéral suisse du 2 octobre 1931, *Rec. off.* 57 I 295, avec de très nombreuses références bibliographiques, où on peut lire le passage suivant :

« Il faut ajouter que dans les rapports internationaux, un compromis exclut normalement la compétence des tribunaux de plusieurs Etats, de sorte qu'un tel contrat devrait répondre aux exigences de la législation de tous ces Etats si la question de la validité, examinée lors de la demande d'exécution d'une sentence arbitrale, devait être jugée d'après le droit de l'Etat ou des Etats dont la juridiction est exclue par celle du tribunal arbitral. Ce serait là une situation juridique peu satisfaisante ; c'est ainsi qu'on arrive à la conclusion que, dans un certain sens, les lois du lieu du siège du tribunal arbitral sont aussi applicables à la question de la validité du compromis » (Affaire Goldschmidt c/ Arn.).

Les mêmes critiques peuvent être adressées à la théorie qui considère que la législation la mieux qualifiée pour régir le pouvoir de compromettre est celle du domicile ou de la

résidence ou du centre d'affaires des parties, au moment de la conclusion du compromis. Dans cette doctrine, lorsque les parties n'ont pas leur domicile ou leur résidence ou leur centre d'affaires dans le même endroit, l'application simultanée de deux législations discordantes rend aussi le conflit insoluble; la prédominance d'une des deux lois sur l'autre ne peut se justifier que par des considérations empiriques, en dehors du cas où une clause compromissoire serait contenue dans les statuts d'une société; dans cette seule éventualité la loi du siège social décidera de l'étendue du pouvoir de compromettre puisqu'il s'agira en réalité de litiges internes entre les organes d'une société, ou entre celle-ci et ses membres; la clause compromissoire entraînera partout l'incompétence des tribunaux étatiques.

Arminjon, *Précis de droit international privé*, III, 348, qui étend cependant l'application de la loi du siège social au cas d'une clause compromissoire souscrite entre une société « et ses clients », ce qui nous paraît inadmissible.

D'ailleurs, même en cas d'observation cumulative des lois du domicile, de la résidence ou du centre d'affaires de chacun des contractants au moment de la conclusion du compromis, il faut prévoir le cas où l'une des parties établirait son domicile, sa résidence ou son centre d'affaires dans un Etat tiers entre le moment de la conclusion du compromis et celui de son exécution. Dans cette éventualité, les tribunaux de l'Etat tiers pourraient affirmer leur compétence et méconnaître celle des arbitres, si les parties, d'après les lois de l'Etat du for, n'avaient pas le pouvoir de compromettre.

L'application de la loi nationale des parties, non seulement à la capacité, mais aussi au pouvoir de compromettre n'est pas mieux fondée. Elle se justifie pour les questions de capacité seulement, lorsqu'elle est prévue par les règles de rattachement du pays du siège, et elle peut aboutir, c'est incontestable, à la

méconnaissance de la validité du compromis ou de la clause compromissoire lorsque les parties n'ayant pas la même nationalité, l'une d'elles est capable alors que l'autre ne l'est pas d'après leurs lois nationales respectives. Il s'agit alors d'une question de capacité civile générale et les règles usuelles du droit international doivent recevoir application.

Mais la compétence de la loi nationale ne se justifie plus lorsqu'il s'agit d'un conflit sur le pouvoir de compromettre. Nous sommes dans un domaine qui touche déjà à la substance même de la convention d'arbitrage, à son contenu. Les parties ont-elles la faculté de disposer des droits et intérêts qu'elles entendent soumettre à l'arbitrage ? Cette question ne relève pas du droit des obligations; elle est d'ordre procédural et il est notoire, en droit international privé, que le droit de procédure n'est pas rattaché à la nationalité des parties.

Les théories que nous venons d'examiner, présentent le défaut de déterminer *a priori* le droit applicable sans que leurs auteurs aient suffisamment tenu compte de la nature particulière de l'institution de l'arbitrage. Les unes ne considèrent que la nature juridictionnelle de l'arbitrage et n'admettent un dessaisissement des juges étatiques que lorsqu'il est permis par la loi de l'Etat dont les tribunaux auraient été compétents à défaut de compromis; les autres ne se fondent que sur la nature contractuelle de l'arbitrage pour aboutir à la conclusion que le champ de l'autonomie des parties doit être fixé, conformément aux principes gouvernant leurs obligations, par la loi présomptivement acceptée par elles qui est celle qu'elles connaissent le mieux : loi du domicile ou de la résidence ou du centre d'affaires, ou loi du lieu de conclusion du contrat, ou aussi loi nationale.

Les auteurs qui les défendent prétendent combattre ainsi la fraude à la loi, afin d'éviter que des contractants n'éludent les règles impératives de certaines lois qui limitent leur pouvoir

de compromettre, en adoptant, d'une manière plus ou moins arbitraire, une loi qui leur paraîtrait plus favorable.

Mais la théorie de la fraude à la loi n'est pas déterminante pour la fixation des points de rattachement en droit international privé. Elle ne joue qu'un rôle exceptionnel pour paralyser, comme l'ordre public, dans certaines éventualités qui varient beaucoup selon le droit positif et la jurisprudence des divers Etats, l'application abusive d'une règle étrangère de rattachement.

Pour arriver à une solution exacte, il semble qu'il faille reprendre la distinction assez subtile, faite par Bartin, entre les interdictions de compromettre fondées sur la nature des litiges et celles basées sur la réglementation de l'arbitrage lui-même.

Bartin, *Principes de droit international privé*, vol. I, pp. 610 et suiv.
Balladore Pallieri, *loc. cit.*, p. 331.

Lorsque certains litiges ne peuvent donner lieu qu'à des jugements rendus par des tribunaux étatiques en raison de leur nature même, et non pas de la réglementation de l'arbitrage privé, la loi qui régit le pouvoir de compromettre ne peut logiquement être celle applicable à l'arbitrage; ce sera celle qui régit le fond même du rapport de droit litigieux, loi qui sera désignée par des règles de rattachement dont il y aura encore lieu de préciser la source.

En revanche, c'est la loi du lieu d'exécution du compromis, donc celle du siège du tribunal arbitral, qui régira la validité du compromis, en tant que le litige, par application de la loi qui régit le fond du droit, est de nature à être résolu par arbitrage. C'est donc la loi du fond — déterminée de la même manière que dans le cas précédent, c'est-à-dire par des règles de rattachement que nous aurons encore à préciser — qui permettra de faire la démarcation entre ce qui ne rentre pas dans le pouvoir de compromettre d'une part, pour des raisons de fond, et

d'autre part pour des raisons tenant à la nature même de l'arbitrage. Une fois cette qualification opérée, c'est la loi du siège des arbitres qui dira si le compromis est valable ou non, pour des raisons particulières à la réglementation de l'arbitrage.

Il en est ainsi parce que, aussi bien d'après la théorie des indices que celle de l'autonomie de la volonté, le rapport résultant de l'arbitrage se concentre dans le pays où la procédure arbitrale doit se développer. Il est en effet logique et socialement utile de soumettre à la loi du siège du tribunal arbitral la question du pouvoir de compromettre des parties, lorsqu'il ne s'agit pas de limitations imposées par la loi applicable au fond du rapport de droit litigieux selon les conceptions ou qualifications de cette loi.

On pourrait être tenté de combattre ces solutions par application de la fraude à la loi domestique, en relevant que les parties, libres de soumettre l'arbitrage à la législation de leur choix en fixant le siège du tribunal dans un Etat plutôt que dans un autre, pourraient facilement tourner certaines règles impératives de l'Etat de leur domicile ou du lieu de leur résidence ou de leur centre d'affaires, ou du lieu de la conclusion du compromis, ou de leur loi nationale, qui limiteraient leur pouvoir de compromettre pour des raisons tenant à la nature de l'arbitrage et non pas à celle des droits litigieux.

Mais l'objection serait spécieuse, car c'est la loi applicable au fond du litige qui indiquera précisément les matières pour lesquelles l'arbitrage est interdit en raison de la nature même du litige. La marge laissée aux parties pour tourner une loi compétente est excessivement réduite puisqu'elle ne pourrait porter que sur des limitations au pouvoir de compromettre résultant de la nature même de l'arbitrage d'après les conceptions de la loi applicable au fond. La fraude à la loi, dans la faible mesure où elle pourrait être retenue, ne résulterait que d'une artificieuse internationalisation par les intéressés de

litiges relevant du droit interne d'un seul et même Etat. Par exemple, si deux parties, domiciliées dans le même Etat, constituaient un tribunal arbitral à l'étranger dans l'intention d'échapper aux règles restrictives du pouvoir de compromettre de la loi de ce commun domicile, considérée comme loi régissant le fond du litige, il appartiendra d'abord à la *lex domicilii* de décider si l'absence du pouvoir de compromettre résulte de la nature du litige ou de la nature de l'arbitrage; dans cette dernière éventualité, c'est la loi du siège du tribunal arbitral qui décidera de l'existence ou de l'absence du pouvoir de compromettre; si elle admettait la validité de la clause compromissoire alors que la *lex domicilii* la rejetterait, une exception d'incompétence soulevée par une des parties devant les tribunaux du domicile, en invoquant la validité de la clause compromissoire, pourrait être écartée par application de la fraude à la loi domestique.

Au demeurant, les législations positives présentent beaucoup de ressemblances dans l'indication des matières pour lesquelles l'arbitrage est exclu.

Dans les rapports internationaux, la principale restriction résulte de la limitation de l'arbitrage aux affaires commerciales (art. 1, al. 2, du Protocole de Genève de 1923); or l'arbitrage est surtout employé dans les relations commerciales et il en résulte que le conflit surgira le plus souvent entre deux lois qualifiant de manière différente un rapport, que l'une tiendrait pour un rapport de droit commercial alors que l'autre le considérerait comme un rapport de droit civil. La fraude à la loi ne pourrait donc se produire que dans de très étroites limites.

En définitive, nous pouvons nous rallier aux observations de M. *Arminjon* au sujet de la fraude à la loi. C'est une notion vague et controversée. Elle est extrêmement difficile à discerner dans chaque cas concret, car elle exige l'analyse des motifs

subjectifs qui ont poussé les parties à réaliser tel ou tel point de rattachement, leur permettant de bénéficier d'une législation qu'ils estiment plus favorable ou plus équitable. Nous entendons laisser à l'Institut le soin de trancher la question, mais nous ne verrions pas d'inconvénient majeur à supprimer dans le projet de Résolutions l'obligation de retenir d'autres législations que celle du lieu du siège sur le pouvoir de compromettre, et à renoncer à prévoir l'application de la théorie de la fraude à la loi, ce qui entraînerait la suppression de l'art. 5.

C. *Clause compromissoire et contrat principal*

Une cause d'invalidité de la convention d'arbitrage qu'il convient d'examiner spécialement, dans les rapports de droit international privé, est celle pouvant résulter de la nullité du contrat principal. Ce problème, que la remarque de notre confrère, M. *Batiffol*, nous a incité à traiter d'une manière plus approfondie, n'intéresse plus le pouvoir de compromettre, mais concerne l'indépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat qui a suscité un litige entre les parties. Il ne sera pas nécessairement tranché par application d'une loi unique.

Cette indépendance est manifeste lorsque la convention d'arbitrage ne fait pas partie intégrante du contrat principal; chacun d'eux peut alors être régi par sa propre loi : le contrat principal, par celle choisie expressément ou tacitement par les parties ou par la loi résultant de la théorie des indices; la convention d'arbitrage, par la loi du lieu du siège du tribunal arbitral, toujours sous réserve du pouvoir de compromettre, en raisonnant dans l'hypothèse où la nature du droit litigieux s'opposerait à l'arbitrage, question tranchée, comme cela fut

précédemment exposé, par la loi applicable au fond même du litige; dans cette mesure, et dans cette mesure seulement, un droit unique régira le contrat principal et le contrat d'arbitrage.

En est-il de même lorsque la clause d'arbitrage fait partie intégrante du contrat principal ? A remarquer qu'il s'agira toujours dans ce cas d'une clause compromissoire. L'invalidité du contrat principal selon le droit civil applicable englobera-t-elle régulièrement la clause compromissoire ?

Il ne manque pas d'auteurs pour affirmer que, dans cette éventualité, la loi applicable au contrat principal régit la clause compromissoire, et ce point de vue a été adopté par quelques jugements. La loi du contrat principal devrait alors s'appliquer à tout l'arbitrage.

Dans ce sens, Balladore Pallieri, *loc. cit.*, p. 353, qui cite un jugement du Tribunal de Rotterdam du 20 mars 1929, *Zeitschr. für ausl. und internat. Privatrecht*, 1932, p. 873 ; mais ce jugement nous paraît faire application de la loi turque non seulement parce que le contrat était soumis au droit turc à raison du lieu de sa conclusion, du lieu de la situation de la marchandise (en Turquie) et du lieu où le paiement devait être fait (également en Turquie), mais principalement parce que le siège du tribunal arbitral avait été fixé à Constantinople.

Ce point de vue paraît extrêmement discutable. Il a des conséquences dissolvantes pour l'arbitrage privé, puisqu'en alléguant simplement la nullité du contrat principal, une des parties pourrait saper par la base la compétence des arbitres jusqu'à ce qu'un tribunal étatique ait écarté sa demande et reconnu la validité du contrat principal. De cette manière tous les litiges portant sur le rapport de droit qui s'est établi entre les parties pourraient être soustraits à la connaissance immédiate des arbitres. La reddition rapide d'une sentence, qui est le principal avantage recherché par les parties lorsqu'elles concluent une clause compromissoire, ne pourrait être obtenue. La procédure deviendrait dilatoire, puisque le tribunal arbitral ne pourrait fonctionner qu'après une décision affirmative d'un tribunal

étatique sur la question de la validité du contrat principal. Il en résulterait une multiplication de frais, une perte de temps considérable si on considère que cette invalidité pourrait être invoquée au cours d'un quelconque des stades par lesquels doit passer la procédure arbitrale : au moment de la désignation des arbitres, au moment où le tribunal du siège devrait accorder la force de chose jugée à la sentence arbitrale, au moment où la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale serait requise à l'étranger.

Ces conséquences doivent être combattues. En réalité, la clause compromissoire est aussi distincte du contrat principal que l'est le compromis par rapport au rapport contractuel qui donne lieu à un litige.

Dans ce sens, Hamburger, *Zur Frage der Kompetenz der Schiedsgerichte in Zivil-, Handels- und Arbeitssachen :* « Auch in der Form des Vertrages für zukünftige Streitigkeiten ist der Schiedsvertrag keineswegs notwendigerweise nur Klausel, *er ist ein Vertrag für sich,* prinzipiell vom Hauptvertrag genau so verschieden wie der compromis. » (Jahrbuch de Nussbaum, vol. III, 1931, p. 157.)

Dans le même sens, Schnitzer, *Handbuch des internat. Privatrechts,* 1950, vol. II, p. 747.

Cette indépendance résulte du fait que la clause compromissoire est soumise à des règles qui ne sont pas applicables au contrat principal. Souvent la loi exige l'observation d'une forme spéciale pour la clause compromissoire, alors que le contrat principal peut être purement consensuel ou comporter des formalités différentes. Le pouvoir de compromettre est limité par des dispositions légales qui sont inapplicables au contrat principal. L'extinction de la clause compromissoire fait aussi l'objet de règles juridiques qui ne concernent pas le contrat principal; elle a une tout autre fonction économique et juridique que ce dernier. L'indépendance respective des deux engagements ne nous paraît pas douteuse. L'application de la

lex contractus à tout l'arbitrage privé est enfin incompatible avec la double nature juridique qu'il faut reconnaître à cette institution.

Le Reichsgericht allemand, par arrêt du 8 novembre 1882, a prononcé qu'il faut attribuer à la convention d'arbitrage le caractère d'un contrat indépendant et que, par conséquent, il n'est pas possible de justifier le point de vue qu'il devrait être jugé d'après le droit qui doit être appliqué au contrat principal ; cité par Hamburger, *loc. cit.*, p. 158, note 6.

Dans le même sens, Arrêt du Tribunal fédéral suisse, aff. Tobler c/ Schwyz, du 7 octobre 1933, où l'indépendance de la clause compromissoire a été affirmée dans les termes suivants :

« Une clause d'arbitrage n'est pas une convention de droit privé, mais une convention ressortissant à la procédure. Lors même qu'elle est contenue dans le même acte qu'un contrat de droit civil, elle constitue une convention distincte ayant sa valeur propre. » (*Rec. off.* 59 I, p. 177.)

Cf. aussi Arrêt du 25 mai 1948, Aff. Fédération suisse des ouvriers du Textile c/ Société de la Viscose suisse, *Rec. off.* 74 II 158.

Dans sa jurisprudence antérieure, le Trib. féd. avait au contraire affirmé la dépendance de la clause compromissoire par rapport au contrat principal. Voir aff. Agence Télégraphique Suisse c/ Jenny et Rossier, arrêt du 16 novembre 1901, *Rec. off.* 27 II, p. 505.

La clause compromissoire reste cependant soumise aux règles générales du droit des obligations sur la conclusion des contrats; elle peut être nulle ou annulable, par exemple, en raison d'un vice de volonté affectant la déclaration de consentement d'une des parties. Faut-il faire alors application de la loi du lieu du siège du tribunal arbitral, ou des normes gouvernant le contrat principal en vertu des règles de rattachement de la loi du lieu du siège du tribunal arbitral ? Dans cette dernière éventualité, la clause compromissoire suivrait le sort du contrat principal, mais non pas dans la première.

Il semble que la solution soumettant directement à la loi du lieu du siège du tribunal arbitral la question de la validité de la

clause compromissoire, d'après les règles générales du droit des obligations, doive être préférée pour la raison qu'elle répond le mieux à la nature de l'arbitrage privé, qui peut être légitimement et le plus souvent aisément localisé au lieu où il se déroule. Elle présente encore le plus d'avantages d'ordre pratique. En effet, si l'une des parties soutenait la validité du contrat principal et de la clause compromissoire alors que l'autre la contesterait, la clause compromissoire sortira provisoirement ses effets en vertu de cet adage certain que jusqu'à droit connu elle est censée valable. Le litige pourra donc être porté devant les arbitres; si ceux-ci rejetaient la nullité de la clause, ils pourront aborder ensuite le problème de la nullité du contrat principal par application de la loi dont celui-ci relève en droit international privé; et, s'ils prononçaient la nullité de la clause compromissoire, ils devront rendre une sentence d'incompétence car leur pouvoir de juger sera sapé par la base. Le litige sur l'invalidité du contrat principal pourra alors faire éventuellement l'objet d'une action devant les tribunaux ordinaires qui se prononceront en application des règles de rattachement suivies dans leur pays pour les conflits de lois relatifs à la conclusion des contrats. Chaque juridiction aura ainsi à connaître des différends qui rentrent dans ses compétences propres; les arbitres de la validité de la clause compromissoire, puis au cas où ils l'annuleraient, les tribunaux ordinaires, de la validité du contrat principal; selon les règles de rattachement appliquées, les deux juridictions pourront arriver à des solutions différentes, mais les deux problèmes étant nettement scindés, les solutions ne chevaucheront pas l'une sur l'autre.

La solution à donner au problème est donc, nous le répétons, la même que celle prévue pour le cas où le contrat principal et le compromis ont fait l'objet d'accords séparés. Il peut en résulter que le compromis ou la clause compromissoire soit invalidé sans le contrat principal et vice versa ; en tant que convention

ressortissant à la procédure, le compromis et la clause compromissoire ne sont pas régis par la loi applicable au contrat principal, sous la réserve, déjà relevée à maintes reprises, de l'éventualité où le litige, en raison de sa nature juridique, n'est pas susceptible d'arbitrage d'après la loi applicable au fond de l'affaire, c'est-à-dire au contrat principal.

D. *La forme de la convention d'arbitrage*

Au point de vue de la forme de la convention d'arbitrage, les exigences des droits positifs varient beaucoup. Elles vont de la forme verbale (droit allemand) jusqu'à l'acte authentique ; certains droits, comme le droit belge et celui du canton de Glaris (en Suisse), exigent que la clause compromissoire, qui ne vaut que comme promesse de compromettre, soit encore suivie de l'établissement et de la signature d'un compromis une fois le litige survenu entre les parties.

Huysmans, *L'arbitrage commercial et la loi belge*, Brochure n° 88 de la Chambre de commerce internationale, 1934, p. 9.

Sulzer, *Die Schiedsgerichtbarkeit... im nationalen und internationalen Verkehr*, Zurich, 1940, p. 26.

Les auteurs sont généralement d'accord pour reconnaître l'applicabilité de la loi du lieu de passation de l'acte à la forme du compromis et de la clause compromissoire. Néanmoins, étant donné le rôle prépondérant qu'il faut attribuer à la loi du lieu du siège de l'arbitrage, en raison de la nature mixte de cette institution, le caractère permissif du principe *locus regit actum* doit être particulièrement mis en relief dans ce genre de conflits. Si la loi du lieu où siège le tribunal arbitral se montrait moins exigeante que celle du lieu de passation de l'acte, si elle se contentait, par exemple, de la forme écrite ou même verbale alors que cette dernière loi exigerait la passation d'un acte authentique, il serait contraire à une saine interprétation

du principe *locus regit actum* de permettre de prononcer la nullité du contrat d'arbitrage pour vice de forme. Ce résultat peut être évité en permettant aux parties de passer le compromis conformément aux dispositions de la loi du lieu de passation de l'acte ou de celle du lieu où siège le tribunal arbitral; l'observation de l'une ou l'autre de ces lois suffira pour rendre le compromis valide à la forme.

A un autre point de vue encore, la loi du lieu du siège du tribunal arbitral doit être prise en considération. Ses dispositions de procédure sur la forme du contrat d'arbitrage peuvent avoir un caractère d'ordre public. Et il est fort compréhensible qu'un Etat puisse leur attribuer ce caractère, puisque l'arbitrage peut rendre nécessaire l'intervention de ses tribunaux par voie d'appel, de cassation ou d'autres voies de droit, et puisque ses autorités sont fréquemment appelées à conférer à la sentence arbitrale l'autorité de chose jugée; il est dès lors logique qu'il n'attribue ces effets, qui sont tous d'ordre public, qu'à un contrat d'arbitrage répondant aux exigences de forme de ses lois de procédure. Par exemple, dans la plupart des cantons suisses, le compromis doit être constaté par écrit, à peine de nullité; cette règle est parfois d'ordre public; un compromis verbal conclu dans un Etat qui en admet la validité n'y serait pas reconnu et celle des parties qui aurait intérêt à le faire pourrait en invoquer la nullité.

La même solution doit être admise pour l'acte de désignation des arbitres qui doit être acceptée par eux et qui a donc un caractère contractuel. Lorsque les arbitres ne sont pas désignés dans le compromis ou la clause compromissoire, la forme de leur acte de nomination devra répondre, soit aux exigences de la loi du lieu de passation de l'acte, soit à celles de la loi du siège du tribunal arbitral, les règles considérées comme d'ordre public de cette dernière devant toujours être observées.

E. *Arbitres et procédure*

Dans toutes les législations positives, le contrat entre les parties et les arbitres est considéré comme un élément du compromis et régi par la loi applicable à ce dernier. Juridiquement, il est distinct du compromis ou de la clause compromissoire. C'est un mandat, ou un contrat de travail ou un louage de service — selon les législations positives — par lequel les arbitres s'engagent envers les parties à remplir la mission qui leur est confiée dans les conditions, délais et règles établies par le compromis. Celui-ci est conclu entre les parties et celui-là entre, d'une part, les parties et, d'autre part, les arbitres. Ils peuvent résulter d'un seul et même document, mais l'acceptation des arbitres peut aussi intervenir par des actes postérieurs à la conclusion du compromis ou de la clause compromissoire. Ces deux engagements sont, en droit, inextricablement liés l'un à l'autre au point qu'ils ne peuvent être régis que par une loi commune; c'est donc la loi applicable au compromis dont les arbitres doivent assurer l'exécution qui régira aussi les relations entre ceux-ci et les parties en litige. Cette loi sera la loi du lieu du siège du tribunal arbitral. Il en serait ainsi, au demeurant, même si on voulait opérer une scission très nette entre les deux contrats. Tant en vertu de la théorie de l'autonomie de la volonté que de celle des indices, on serait ramené à la loi du lieu d'exécution du compromis; il serait logique alors d'interpréter la volonté tacite des parties en ce sens qu'elle devrait tendre à soumettre les rapports entre les arbitres et les parties à la même loi que celle adoptée pour le contrat d'arbitrage, et ce serait toujours au lieu du siège du tribunal arbitral qu'il faudrait manifestement localiser le contrat conclu avec les arbitres. La *lex loci contractus* ne pourrait pas être retenue pour la raison que les

contrats avec divers arbitres domiciliés dans des endroits différents ne sont pas toujours conclus dans le même lieu, et que, très souvent, le compromis confie le choix des arbitres à un tiers ou à une autorité.

Dans des éventualités de ce genre, la loi du lieu de conclusion du contrat avec les arbitres ne serait pas unique et la possibilité de conflits entre divers droits ne serait pas écartée. Il est donc nécessaire de chercher une autre solution qui ne peut être trouvée que dans l'application de la loi du lieu où siège le tribunal arbitral.

Cette loi s'impose encore pour d'autres raisons qui tiennent au pouvoir juridictionnel dont les arbitres sont investis. Les conditions personnelles que doivent remplir les arbitres pour pouvoir exercer la mission qui leur est confiée ne rentrent pas dans leur capacité civile. Il s'agit bien plutôt d'un ensemble de qualités exigées par tout législateur pour reconnaître l'aptitude d'une personne à être arbitre. Ces qualités doivent être déterminées par une loi unique et c'est derechef la loi du lieu où siège le tribunal arbitral qui s'impose.

Cette loi indiquera, par exemple, ainsi que cela est prévu par certains droits positifs, si l'arbitre doit remplir les conditions exigées pour les juges ordinaires, si des personnes n'ayant pas la nationalité de l'Etat du siège du tribunal arbitral peuvent exercer les fonctions d'arbitres (il en est ainsi en droit italien, espagnol, grec et dans quelques Etats de l'Amérique du Sud), si certaines incompatibilités en raison des fonctions ou des activités professionnelles de l'arbitre dans sa vie privée doivent être retenues, si les femmes peuvent être investies de la mission d'arbitrer des différends, etc.

La loi compétente peut exiger que les arbitres soient majeurs et qu'ils aient une complète capacité civile; ces conditions sont appréciées d'après la loi applicable en vertu des règles

de rattachement de l'Etat du siège du tribunal arbitral, donc d'après la loi nationale ou la loi du domicile de chaque arbitre, ou la loi du lieu de conclusion de la convention d'arbitrage; sur ce point, la loi du siège du tribunal arbitral ne fournira pas les règles de fond, mais seulement les règles de rattachement, car il ne s'agit pas d'une qualité particulière exigée pour qu'une personne puisse être arbitre, mais de l'exercice des droits civils en général.

Pour ce qui concerne la composition même du tribunal arbitral, les parties jouissent dans toutes les lois de la plus large autonomie. Néanmoins, ici aussi la nature particulière de l'institution de l'arbitrage privé qui relève en partie du droit de procédure se fera sentir à deux égards :

Les dispositions de la loi du pays où se déroule l'arbitrage qui visent à assurer l'objectivité du tribunal arbitral devront être suivies. Il en est ainsi des règles prescrivant que le compromis doit à peine de nullité désigner les noms des arbitres et que chaque partie doit en élire le même nombre, de celles exigeant qu'elles doivent s'entendre sur le choix d'un sur-arbitre, si les arbitres sont d'un nombre pair, et qu'à défaut d'entente ce sur-arbitre devra être désigné par une autorité. La loi du siège du tribunal arbitral devra être encore appliquée pour désigner l'autorité compétente; généralement, ce sera un juge du pays où siège l'arbitrage; mais cette loi pourra aussi prévoir que l'élection complémentaire devra être faite par le juge qui, sans l'arbitrage, aurait été compétent pour connaître du différend (cantons de Vaud, Zurich, Neuchâtel); il pourra y avoir alors application d'un droit étranger sur ce point.

Les dispositions de la loi du pays où se déroule l'arbitrage qui ont pour but de garantir aux parties l'impartialité des juges devront aussi être suivies. Telles sont toutes les règles sur les motifs de récusation et le déport des arbitres; on ne conçoit pas qu'un Etat tolère l'application sur son territoire

d'autres dispositions juridiques que les siennes; il faudrait d'ailleurs leur reconnaître un caractère d'ordre public, si, en principe, on proposait l'application d'une autre loi.

La procédure à suivre par les arbitres est loin de faire l'objet de règles uniformes dans les droits positifs.

Dans la plupart des législations, les parties ont la faculté d'établir les règles de la procédure et si le contrat d'arbitrage ne contient pas de dispositions à ce sujet, il appartient au tribunal arbitral de les déterminer librement. Dans quelques législations, ce droit n'est pas reconnu aux arbitres et la procédure à suivre, si les parties n'en sont autrement convenues, est la procédure judiciaire. Dans d'autres types législatifs, l'accord des parties est toujours réservé, mais, s'il ne contient pas d'indication à ce sujet, ce sont des règles spéciales prévues par les codes de procédure qui s'appliquent et elles ne concordent pas avec celles de la procédure judiciaire (Z.P.O. de Zurich, art. 364 à 368). D'après quelques lois, l'application des règles de la procédure judiciaire à l'arbitrage est obligatoire. Dans certains pays les arbitres ont les pouvoirs d'amiables compositeurs et peuvent juger en équité si les parties leur en donnent le pouvoir; ailleurs ils peuvent toujours juger en équité; dans un troisième type de loi, ils ne peuvent juger les litiges que d'après les règles du droit. En Angleterre, la sentence doit être rendue à l'unanimité si la clause prévoit plus de trois arbitres, sauf disposition contraire dans le compromis, alors que le principe majoritaire est reconnu dans tous les autres pays.

Cons. J. E. James, *op. cit.*, p. 8, brochure n° 91 publiée par la Chambre de commerce internationale, 1936.

Il est conforme à la double nature juridique de l'arbitrage d'admettre que c'est également la loi du lieu du siège du

tribunal arbitral qui décidera si, et dans quelle mesure, les parties sont libres de déterminer dans le contrat d'arbitrage la procédure à suivre par les arbitres.

Une question délicate est celle de savoir si les arbitres sont compétents pour statuer sur la nullité même du contrat d'arbitrage lorsqu'elle est invoquée par l'une des parties.

La doctrine et la jurisprudence inclinent à la résoudre par la négative pour la raison que les pouvoirs des arbitres s'évanouissent complètement si le contrat d'arbitrage vient à disparaître; ils ne pourraient en prononcer la nullité sans saper en même temps par la base leur décision, puisqu'au moment même qu'ils jugeraient leur pouvoir de juger disparaîtrait.

C'est la raison pour laquelle la question de la validité du contrat d'arbitrage devrait être portée devant le juge ordinaire, et ce point de vue est suivi dans quelques Etats.

Mais il n'est pas incontesté, et la jurisprudence aussi bien que la doctrine présentent des exemples de décisions et d'opinions reconnaissant aux arbitres le droit de statuer non seulement sur leur propre compétence lorsque la convention d'arbitrage n'est pas arguée de nullité, mais même sur la validité de celle-ci, car la clause d'arbitrage doit provisoirement sortir ses effets, en cas de contestations, jusqu'à droit connu.

Le conflit est donc concevable entre la loi du lieu du siège du tribunal arbitral et celle du pays d'un tribunal saisi d'un litige sur la validité même de la convention d'arbitrage, la première déniant aux arbitres le pouvoir de statuer sur la validité même du compromis ou de la clause compromissoire, alors que la seconde, reconnaissant ce droit aux arbitres, ne permettrait pas de porter la question devant des juges étatiques, ou vice versa.

Ce conflit ne peut être tranché qu'en faveur de la loi du lieu du siège du tribunal arbitral. Il lui appartient de déterminer l'étendue des pouvoirs des arbitres sur ce point et de décider

si ce sont eux ou les juges ordinaires qui statueront sur la validité du contrat d'arbitrage.

Cons. sur la justification du pouvoir des arbitres de prononcer sur leur propre compétence, Hamburger, *loc. cit.*, *Jahrbuch* de Nussbaum, III, 1931, p. 154.

Dans un jugement du Tribunal cantonal vaudois du 24 novembre 1948 dans la cause Omnium français des pétroles, à Paris, c/ Giannotti, ressortissant italien domicilié à Ramleh (Egypte), l'argumentation suivante a été adoptée par le juge étatique, en sa qualité de juridiction de recours d'une décision d'un arbitre ayant siégé à Lausanne :

« Considérant que du jour où elle est déposée, la sentence assume un caractère national, qu'elle doit satisfaire aux réquisits de la loi du pays dont elle prend l'indigénat, qu'en droit vaudois, le dépôt de la sentence au greffe du tribunal lui confère la valeur d'un jugement rendu par les tribunaux ordinaires... considérant... que le recourant fait grief à l'arbitre d'avoir examiné la question de la validité du contrat du... et d'avoir ainsi jugé de sa propre compétence, que, cependant, cette critique se heurte à la jurisprudence tant fédérale que cantonale selon laquelle, sauf stipulation contraire, la clause compromissoire doit s'interpréter en ce sens que l'arbitrage s'étend aussi à la question de la validité du contrat qui la contient, que la caducité du contrat ne saurait dès lors entraîner *ipso facto* celle de la clause elle-même, ... que, bien que cette question eût déjà fait l'objet d'une décision de la Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce internationale, l'*arbitre avait la faculté*, sans violer aucune règle légale, *de juger de sa propre compétence.* »

Voir un résumé de cette affaire dans la brochure n° 137, *Les arbitrages de la C.I.J. et la loi nationale*, publiée par la Chambre de commerce internationale, Paris, avril 1949.

F. *Droit applicable au fond du litige*

La détermination de la loi applicable à l'arbitrage privé n'a pas d'influence directe sur la loi qui régit le fond du litige. Autrement dit, la fixation du siège du tribunal arbitral dans un

pays n'entraîne pas nécessairement la soumission des parties, quant au fond, à la loi de ce pays. Tout au contraire, il convient de distinguer la loi qui régit l'arbitrage et celle que les arbitres doivent appliquer au fond du différend. Quelle sera cette loi ?

A ce sujet également, la nature mixte, de droit conventionnel et de droit de procédure, reconnue à l'institution de l'arbitrage, permet de trouver facilement la solution.

Dans tous les Etats les juges doivent appliquer les règles de rattachement prévues par la *lex fori*, sous réserve du renvoi qui ne résulte d'ailleurs que d'une interprétation de ces règles. D'après la conception purement conventionnelle de l'arbitrage privé, le tribunal arbitral ne pourrait pas avoir de *lex fori* car les arbitres y sont considérés comme des mandataires des parties et non pas comme des juges. Il en résulterait, ou bien que les arbitres auraient la faculté d'appliquer les règles de rattachement de leur choix, ou bien, d'après une partie de la doctrine, que ces règles seraient celles de la loi régissant le compromis même si elle ne coïncidait pas avec la loi du lieu où siège le tribunal arbitral. Selon la théorie purement juridictionnelle de l'arbitrage, celui-ci étant semblable à une procédure judiciaire, la loi du siège du tribunal arbitral constitue sa *lex fori*, et, par conséquent, les principes de droit international privé à suivre par les arbitres sont ceux de cette dernière loi.

La conception de l'arbitrage, institution *sui generis*, nous permet d'opérer la conciliation nécessaire. En tant qu'il s'agit d'une institution conventionnelle il faut reconnaître aux parties le pouvoir d'indiquer aux arbitres le droit selon lequel elles entendent que la sentence soit rendue; mais ce pouvoir, elles ne peuvent l'exercer que dans les limites permises par les règles de rattachement de l'Etat du siège du tribunal arbitral qui, en tant que *lex fori*, délimite l'étendue de l'autonomie qu'il y a lieu de reconnaître aux parties dans ce domaine. Si les parties n'ont pas conclu d'accord au sujet du droit applicable, les

règles de rattachement des lois de l'Etat du siège du tribunal arbitral seront appliquées par les arbitres pour résoudre les conflits de lois soulevés devant eux par les parties.

G. L'intervention du pouvoir judiciaire étatique

Dans tous les Etats, le droit positif accorde aux tribunaux ordinaires un droit d'ingérence dans la procédure arbitrale. Ce pouvoir est si énergique qu'il justifie à lui seul l'abandon de la théorie purement conventionnelle de l'arbitrage privé, et les partisans de cette dernière recourent à des considérations plutôt laborieuses pour l'expliquer. Voici comment s'exprime, par exemple, M. Balladore Pallieri : « On comprend parfaitement que le législateur accorde aux parties de ne pas se résigner à la décision des arbitres, même de leur choix; c'est une des nombreuses dispositions par lesquelles les lois protègent éventuellement les parties contre elles-mêmes. Puisqu'il y a eu quelque chose qui, *grosso modo*, correspond à un jugement..., quelque chose en somme qui peut être considéré comme équivalent à un jugement de première instance, on comprend que le législateur ordonne que le différend soit examiné directement par le juge d'appel. »

Op. cit., pp. 308-309.

Ce « quelque chose », c'est tout bonnement la sentence arbitrale.

Cette ingérence du juge pouvant aller jusqu'à sa substitution aux parties dans plusieurs Etats, se manifeste à divers égards : il peut parfois choisir les arbitres ou désigner le surarbitre, non seulement en vertu de clauses spéciales du compromis, mais directement de dispositions légales; il peut aussi mettre son pouvoir de coercition à la disposition des arbitres pour assurer la comparution des témoins, l'administration des

preuves littérales, l'assermentation et les prestations de serment. L'Etat du siège peut encore exiger, et c'est le cas presque partout, que la sentence arbitrale soit déposée au greffe du tribunal du lieu où les arbitres ont siégé, il peut aussi organiser des pourvois en nullité auprès de ses tribunaux, soit qu'il ait introduit dans sa législation des causes de nullité particulières aux sentences arbitrales, soit qu'il admette des recours en cassation pour les mêmes causes que pour les jugements ordinaires, ou permette l'appel des sentences arbitrales, soit de plein droit, soit seulement en vertu d'une réserve spéciale introduite dans le contrat d'arbitrage, soit qu'il autorise la revision des sentences arbitrales avec renvoi au tribunal arbitral lorsqu'elles sont annulées, ou, si les arbitres ne peuvent plus être réunis, avec renvoi aux tribunaux étatiques de première instance, soit qu'il prévoie une instance spéciale en révocation de la sentence arbitrale, comme le droit italien.

Tous ces pouvoirs juridictionnels ne peuvent être exercés que conformément à la loi du lieu du siège du tribunal arbitral. Il est bien évident que ces exigences légales ne peuvent être posées que par l'Etat du lieu où se développe l'arbitrage. Si on voulait appliquer une autre loi, celle du lieu où le contrat d'arbitrage a été conclu ou celle de l'Etat dont les tribunaux auraient été compétents à défaut de contrat d'arbitrage, on aboutirait inévitablement à des lenteurs, à des complications, voire à des impossibilités. La loi du siège du tribunal pourrait prévoir d'autres cas d'intervention des juges ordinaires que l'une ou l'autre de ces deux lois, et inversement ces lois ne sauraient prescrire aux magistrats du siège ni les cas, ni les modes de leur intervention. Il serait déraisonnable d'exiger des parties le dépôt de la sentence dans un autre pays — peut-être très éloigné — que celui du lieu où elle a été rendue, ou de demander une ordonnance de mise en vigueur de la sentence à un juge d'un autre Etat que celui du siège du tribunal arbitral,

de porter des appels, pourvois, requêtes civiles ou demandes de nullité et autres, devant le magistrat du *locus contractus* ou du *forum rei* qui eût été compétent en l'absence de contrat d'arbitrage, ou désigné par une quelconque loi choisie par les parties. L'application de la loi du lieu du siège du tribunal arbitral s'impose particulièrement dans ce domaine et l'arbitrage privé finirait par sortir des mœurs si l'on s'en écartait.

Dans ce sens, Schnitzer, *op. cit.*, 1950, vol. II, p. 748, avec de nombreuses références juridictionnelles.

VI.

Reconnaissance et exécution internationales de la sentence arbitrale

Tout l'intérêt de l'arbitrage privé, et même sa raison d'être, reposent sur la sentence arbitrale puisque celle-ci doit pouvoir avoir force de chose jugée et être rendue exécutoire par les tribunaux étatiques à la requête de l'une des parties à la convention arbitrale. C'est à cette fin que tendent les volontés des parties lorsqu'elles se rencontrent pour établir un arbitrage. En dehors des cas où la sentence est volontairement exécutée par les parties, celles-ci comptent sur cette intervention agissante de l'Etat pour être assurées d'avoir un titre qui sera au besoin susceptible d'exécution forcée. Et c'est cette intervention décisive, virtuellement ou effectivement, de l'autorité étatique qui constitue une des principales caractéristiques de l'arbitrage privé et qui nous empêche d'y voir une institution purement conventionnelle; nous l'avons longuement exposé.

Les analyses auxquelles nous avons procédé peuvent être résumées de la manière suivante :

1. *La loi du siège* du tribunal arbitral expressément ou tacitement élu par les parties en vertu de leur autonomie, gouverne en principe l'arbitrage privé, notamment :

a) quant au fond, elle est applicable,

a_1) au pouvoir de compromettre en tant qu'il concerne la nature même de l'arbitrage privé, sous réserve de la fraude à la loi (admissibilité ou rejet de la clause compromissoire; limitation de l'arbitrage aux affaires commerciales, etc.);

a_2) aux conditions de la validité de la convention d'arbitrage selon les principes généraux du droit des obligations;

a_3) aux rapports contractuels entre les parties et les arbitres, sauf élection expresse d'une autre loi par les co-contractants;

a_4) à la composition du tribunal arbitral et aux conditions que doivent remplir les arbitres, à la récusation, à la révocation et au déport de ces derniers;

a_5) aux causes qui mettent fin à l'arbitrage;

a_6) à l'élection éventuelle des arbitres et du surarbitre et à la désignation des autorités ayant compétence pour y procéder, sauf accords contraires des parties;

a_7) à la procédure à suivre et au droit des parties, ou de désigner la procédure à appliquer par les arbitres, ou de conférer à ceux-ci le droit de régler eux-mêmes la procédure;

a_8) à la compétence des arbitres de juger en équité et de prononcer la nullité de la convention d'arbitrage;

a_9) au dépôt de la sentence et aux formalités nécessaires à la validité formelle de la sentence, ainsi qu'à toutes les voies de recours.

b) Quant au rattachement, elle indique :

b_1) les règles de droit international privé à appliquer pour déterminer la loi qui régit la capacité de compromettre;

b_2) les règles de droit international privé qui gouvernent la capacité civile des arbitres;

b_3) les règles de droit international privé à suivre pour résoudre les conflits de lois intéressant le fond du litige soumis aux arbitres et les limites dans lesquelles les parties ont le droit de choisir la loi applicable.

2. *La loi du siège du tribunal arbitral ou la loi du lieu de conclusion du compromis ou de la clause compromissoire* gouverne la forme de la convention d'arbitrage, sous réserve des règles d'ordre public.

La loi du siège ou la loi du lieu de conclusion du contrat entre les parties et les arbitres en régit la forme.

3. *La loi applicable au fond du litige*, d'après les règles de rattachement de l'Etat du siège, régit le pouvoir de compromettre en tant qu'il concerne la nature juridique du litige. Cette loi détermine également si l'interdiction de compromettre résulte de la nature juridique du litige ou de celle de l'arbitrage privé.

Cette réglementation est aussi simple que le permet la nature, en soi complexe, de l'institution de l'arbitrage privé. Elle implique la soumission presque intégrale de cette institution à la loi du lieu où siègent les arbitres, à la seule exception, partielle d'ailleurs, des questions de forme, du problème délicat du pouvoir de compromettre lorsqu'il est limité dans un Etat en raison de la nature juridique des droits litigieux (droit dont le titulaire ne peut pas disposer, etc.) et de la fraude à la loi, à supposer que l'Institut veuille la prendre en considération. Les questions connexes, comme la capacité de compromettre, celle d'être arbitre et la solution à donner aux conflits de lois

que peut soulever le litige, doivent être résolues par application des règles de rattachement de la loi du siège, de même qu'en cas de procès devant les tribunaux étatiques, il appartiendrait à la *lex fori* de fournir les règles de rattachement.

La sentence arbitrale qui a été prononcée régulièrement, c'est-à-dire en observation des règles de droit international privé qui viennent d'être exposées, mérite d'avoir force de chose jugée et force exécutoire dans les relations internationales.

Il appartiendra tout d'abord à la loi du pays du siège de fixer les conditions auxquelles ce double effet pourra être attribué en droit interne à la sentence arbitrale. La plupart des lois exigent qu'elle soit homologuée et déposée, dans un délai qui le plus souvent n'est pas péremptoire, au greffe du tribunal compétent du lieu où elle a été rendue. Mais il y a des exceptions. Dans la plupart des cantons de la Suisse allemande, les lois ne contiennent aucune disposition concernant le dépôt de la sentence ou ne le prévoient qu'à titre facultatif; en Angleterre la sentence ne devient définitive que lorsqu'elle a été « publiée », c'est-à-dire notifiée aux parties par l'arbitre, sous la réserve de l'intervention du tribunal étatique, qui, si l'une des parties le demande, peut, dans certaines circonstances (erreur manifeste de droit, faute grave de l'arbitre, découverte de nouvelles preuves matérielles) renvoyer la sentence aux arbitres, dans un délai de six semaines, pour nouvel examen.

J. E. James, *op. cit.*, p. 15, brochure n° 91 publiée par la Chambre de commerce internationale, 1936.

L'attribution à la sentence arbitrale de la force de chose jugée dépend inévitablement de la loi du siège du tribunal arbitral; elle seule fixera donc les conditions de l'homologation.

De la force de chose jugée il faut distinguer l'exécution de la sentence arbitrale; leurs conditions ne sont pas nécessairement les mêmes puisque l'exécution permet, au besoin, l'emploi

de la force publique pour réaliser une prétention reconnue fondée par la sentence arbitrale. Néanmoins, l'attribution de la force exécutoire implique la reconnaissance de la force de chose jugée de la sentence, comme le plus contient le moins.

Dans la plupart des législations positives, la sentence a force exécutoire dès qu'elle a été munie d'une ordonnance d'exécution par l'autorité compétente; celle-ci n'est pas désignée partout de la même manière. Le plus souvent, l'ordonnance d'exécution est rendue par un tribunal étatique; aux Pays-Bas, c'est celui du siège du tribunal arbitral; il en est de même en Angleterre, dans tous les cantons de la Suisse romande où est exigée une ordonnance d'exécution du président du tribunal étatique au greffe duquel la sentence a été déposée, donc du siège du tribunal arbitral; il en est de même dans la plupart des droits cantonaux de la Suisse allemande. En droit français, la compétence est autrement réglée; elle appartient au tribunal du lieu où la sentence doit être exécutée, c'est-à-dire au tribunal du domicile ou de la résidence du défendeur, ou, à défaut de la situation des biens. La Belgique a adopté la compétence du tribunal de première instance du lieu où la sentence a été rendue (loi du siège du tribunal arbitral) ou de tout autre tribunal compétent selon les règles ordinaires d'attribution de compétence. En Italie, le décret d'exécution doit être rendu par le préteur du lieu où la sentence a été déposée, ce qui revient à lier cette compétence au lieu du siège du tribunal arbitral; en droit suédois, la compétence d'ordonner l'exécution est attribuée à un magistrat spécial, l'« Overexekutor », qui est celui du lieu où la sentence a été rendue; il a des pouvoirs plus étendus que ceux des organes étatiques des autres pays, et peut refuser l'ordonnance d'exécution s'il trouve la sentence trop obscure, sans la revoir lui-même au fond; chaque partie peut alors porter le litige devant les tribunaux étatiques. Dans les autres Etats, la sentence ne fait l'objet que d'un examen de

forme; elle n'est examinée qu'au point de vue de sa compatibilité avec l'ordre public et les bonnes mœurs et de sa régularité formelle.

Dans quelques cantons suisses, la formule exécutoire est ignorée; ainsi, dans les cantons d'Uri et d'Unterwald la sentence arbitrale a force exécutoire dès qu'elle a été prononcée, et, dans ceux de Lucerne, St-Gall, Argovie, Tessin et Valais, dès que le délai d'appel est expiré.

L'intervention de l'autorité étatique est donc fort diversement réglée pour attribuer à la sentence arbitrale la force exécutoire. Cependant, il y a presque unanimité sur un point, le droit français faisant seul exception: c'est de faire dépendre la force exécutoire de la loi du lieu où la sentence arbitrale a été rendue, qui est donc le lieu du siège du tribunal arbitral. Dans un projet de réglementation de l'arbitrage privé en droit international privé, cette loi nous paraît s'imposer et c'est la solution que nous préconisons.

L'attribution de la force de chose jugée et de la force exécutoire d'après la loi du pays du siège du tribunal arbitral peut-elle être reconnue dans les autres pays ? Autrement dit, quelle est dans chaque Etat la valeur à accorder à des sentences arbitrales étrangères définitives et susceptibles d'exécution forcée dans le pays où les arbitres ont siégé et jugé ?

On sait que ce problème a fait l'objet du Protocole de Genève du 24 septembre 1923 relatif aux clauses d'arbitrage qui s'est borné à imposer aux Etats contractants l'obligation de reconnaître les compromis et clauses compromissoires conclus entre parties soumises respectivement à la juridiction d'Etats différents [1], d'admettre le déclinatoire soulevé par une

[1] Les Etats peuvent se réserver le droit de limiter la reconnaissance du compromis aux affaires commerciales, et quelques-uns en ont fait usage: par exemple, la Belgique, la France, le Brésil, le Portugal, la Roumanie, le Luxembourg, Monaco et l'Espagne.

des parties devant ses tribunaux sur la base d'une clause d'arbitrage valable et susceptible d'être mise en application, et enfin d'exécuter les sentences arbitrales rendues sur son territoire même entre parties dont aucune n'est soumise à sa juridiction. Nous avons déjà eu l'occasion de relever l'ambiguïté de ce Protocole en ce qui concerne la loi applicable à l'arbitrage; il présentait en outre la lacune fort grave, tout en prévoyant l'exécution dans le pays du siège du tribunal arbitral (ce qui allait de soi), de ne pas l'assurer dans les autres Etats contractants.

Il fut complété par la Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères qui a assuré la reconnaissance et l'exécution de ces dernières, mais à des conditions nombreuses et avec des exceptions importantes (art. 1, al. 2; art. 2 et 3); il a réservé cependant la législation ou les traités plus favorables en vigueur dans le pays où la sentence est invoquée (art. 5) [1]. Cette réglementation n'a pas encore donné toute satisfaction dans la pratique, principalement parce que le droit applicable à chaque arbitrage est resté mal défini, ainsi que le relève le rapport de l'Institut de Rome accompagnant le projet de loi uniforme (p. 29). La tendance la plus récente, la plus novatrice et la plus hardie préconise la reconnaissance de la force exécutoire dans tous les pays étrangers lorsqu'elle aurait été accordée par l'autorité judiciaire d'un seul Etat; dès que la sentence aurait obtenu l'exequatur dans un pays, elle devrait avoir des effets internationaux de plein droit. Cette solution a été adoptée par l'Institut de Rome, avec l'approbation de la Chambre de commerce internationale, dans son projet de Loi uniforme, publié en décembre 1938.

---

[1] Par exemple le traité germano-suisse pour la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires du 2 novembre 1929, renvoie, en son art. 9, à la Convention de Genève, mais en admettant quelques facilités.

« Art. 28. Lorsqu'une sentence a été déclarée exécutoire par l'autorité judiciaire dans l'un des pays où la présente loi est en vigueur, elle peut faire l'objet d'une procédure d'exécution dans l'un quelconque de ces pays. »

Relevons encore dans le rapport, à l'appui de cette solution, les passages suivants : « L'exequatur est, dans le système du projet, une mesure d'*ordre judiciaire* et non une simple formalité administrative... L'effet international reconnu par cet article (art. 28) à l'exequatur accordé dans un pays où le projet sera devenu loi, rend inutile de demander un nouvel exequatur dans un autre pays. » (Voir p. 61.)

Cette solution à laquelle nous pouvons adhérer en principe, car elle est de nature à faciliter considérablement l'exécution des sentences arbitrales, est à sa place dans un projet de loi uniforme qui exige une procédure d'exequatur judiciaire. Elle ne peut cependant être recommandée à l'Institut, car il se propose un autre but; de conciliation des conflits et non pas d'unification des règles juridiques sur l'arbitrage privé. Nous sommes donc obligés de tenir compte du droit positif en vigueur dans plusieurs Etats, selon lequel la force exécutoire n'est pas toujours accordée par une décision judiciaire, mais parfois par un organe administratif, ou dépend de la simple signification de la sentence arbitrale aux parties, voire de son seul dépôt ou de l'expiration des délais de recours.

C'est pourquoi nous estimons qu'il faut partir de la loi du siège du tribunal arbitral qui déterminera à quelles conditions une sentence arbitrale aura force de chose jugée et force exécutoire. Pour les effets internationaux de la sentence nous ne pensons pas, dans un intérêt de simplification, qu'il faut faire une distinction entre la simple reconnaissance et son exécution hors du pays où elle a été rendue.

La réglementation de ces effets a donné lieu à deux systèmes :

1) La sentence arbitrale étrangère est assimilée à une sentence arbitrale interne dans le pays où elle est invoquée; il n'est pas nécessaire que la sentence étrangère soit exécutoire dans

le pays où elle a été rendue; c'est la solution qui a été adoptée par l'art. 1er de la Convention de Genève du 26 septembre 1927, qui se contente d'une sentence rendue, et non pas d'une sentence homologuée; elle n'exige pas davantage que la force exécutoire lui soit reconnue par l'Etat du siège du tribunal arbitral et elle a mis l'accent sur son caractère définitif, et non pas sur sa force exécutoire d'après la loi du pays où le tribunal arbitral a siégé.

2) La sentence arbitrale étrangère est assimilée à un jugement étranger et doit être soumise à un examen analogue à celui-ci pour obtenir l'exequatur dans un autre Etat que celui où elle a été rendue; cette solution est celle qui est adoptée par les traités internationaux sur la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires lorsqu'ils s'appliquent aux sentences arbitrales; elle a aussi été introduite dans l'art. 4 du projet d'une convention sur la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires, établi par la Ve Conférence de droit international privé de La Haye en 1925 (*Actes*, p. 345).

Pour tout ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, nous sommes dans un domaine où la nature juridictionnelle de l'arbitrage privé l'emporte manifestement sur sa nature conventionnelle. Dans toutes les législations positives, la sentence arbitrale définitive a les mêmes effets qu'un jugement étatique passé en force de chose jugée; la formule exécutoire l'assimile à un jugement étatique, et, dans les Etats où cette procédure est ignorée, cette assimilation résulte directement de la loi dès qu'il n'y a plus de recours possible ou dès que le dépôt de la sentence a été effectué. Nous en tirons la conclusion qu'une sentence arbitrale étrangère ne peut pas être purement et simplement assimilée à une sentence arbitrale interne du pays où la reconnaissance ou son

exécution est demandée, mais qu'elle doit être investie de l'exequatur conformément aux conditions fixées par la loi de ce pays.

Il en résultera parfois la nécessité d'obtenir deux ordonnances, l'une d'homologation et l'autre d'exécution. Une première fois dans le pays où la sentence arbitrale a été rendue si la loi de ce pays l'exige, et une seconde fois dans le pays étranger où elle est invoquée. Nous croyons qu'il est indiqué de faire dépendre les effets de la sentence à l'étranger de l'attribution de la force de chose jugée et de la force exécutoire dans le pays d'origine de la sentence arbitrale, car l'Etat du lieu où elle est invoquée y verra à tout le moins une présomption de régularité de l'arbitrage.

Nous estimons n'avoir pas à prendre position sur la question de savoir si l'exequatur obtenu dans un Etat étranger permet de recourir à une procédure d'exécution forcée de la sentence arbitrale dans un autre pays, ainsi que le propose le Projet de loi uniforme; elle est en effet de nature politique et non pas scientifique; l'acceptation de cette solution dépendra du degré de confiance qu'un Etat sera disposé à accorder à l'organisation de l'arbitrage dans un autre Etat; tout ce que nous pouvons affirmer, c'est que la réglementation proposée par le Projet de loi uniforme n'est pas contraire à la nature juridique de l'arbitrage privé qui, nous l'avons constamment relevé, mais le répétons en évitation de malentendus, n'est pas seulement juridictionnelle, mais aussi conventionnelle, en sorte qu'une exception aux conditions d'exécution des jugements étatiques dans les relations internationales pourrait se justifier.

Précisons encore que dans le système qui est à la base du présent rapport, la nationalité de la sentence est aisée à préciser et ne peut donner lieu aux controverses qu'a suscitées sa détermination entre les auteurs qui considèrent l'arbitrage privé comme une institution purement conventionnelle; est étrangère

toute sentence rendue hors du pays où la reconnaissance ou l'exécution en est demandée; dans ce sens art. 5 de la loi suédoise précitée.

Comp. sur les controverses doctrinales au sujet de la nationalité de la sentence arbitrale, Marmo, *op. cit.*, Annuario di diritto comparativo, vol. XXIII, 1946, pp. 37 à 40, spécialement la note 3.

Si nous considérons les lois et les jurisprudences positives, nous constatons que dans de nombreux Etats les sentences arbitrales étrangères ne peuvent être rendues exécutoires qu'en vertu d'une ordonnance judiciaire d'exequatur du pays où l'exécution est demandée, après un examen ne portant pas sur le fond de la décision, mais simplement sur la compatibilité de la sentence avec l'ordre public, sur la capacité des parties, sur son caractère définitif et sur la régularité de la sentence au triple point de vue de la compétence des arbitres, de la procédure et de l'observation du délai dans lequel la sentence a dû être rendue. Il en est ainsi en Belgique et en France. Dans ce dernier Etat il y a controverse sur le point de savoir si la formule exécutoire doit émaner du président du tribunal sans revision au fond, ou si l'exequatur exige une décision du Tribunal lui-même avec revision au fond comme pour un jugement étatique étranger; de nombreuses décisions se sont ralliées à la première solution en mettant l'accent sur le caractère conventionnel de la sentence arbitrale.

Comp. Huysmans, *op. cit.*, p. 18, brochure n° 88, publiée par la Chambre de commerce internationale, 1934.

Duchenois, *L'arbitrage commercial et la loi française*, pp. 12 et 13, brochure n° 65, publiée par la même Chambre, 1928.

L'Allemagne a aussi adopté le système de l'exequatur des sentences arbitrales étrangères par ordonnance du tribunal et a renoncé à la possibilité d'une action contractuelle *(Erfül-*

lungsklage) par la Novelle du 25 juillet 1930 qui a complété le § 1044 de sa « Zivilprozessordnung », du 30 janvier 1877. Cette disposition a la teneur suivante :

« Ein ausländischer Schiedsspruch, der nach dem für ihn massgebenden Rechte verbindlich geworden ist, wird, soweit nicht Staatsverträge ein anderes bestimmen, in dem für inländische Schiedssprüche vorgesehenen Verfahren für vollstreckbar erklärt.

» § 1309 findet keine Anwendung. » (Suivent, sous chiffres 1 à 4, l'énumération des cas où l'ordonnance d'exécution peut être refusée.) « Wird der Schiedsspruch, nachdem er für vollstreckbar erklärt worden ist, im Ausland aufgehoben, so kann im Wege der Klage die Aufhebung der Vollstreckbarerklärung beantragt werden. »

En droit suédois, on rencontre un système analogue, avec cette différence que l'examen de l'autorité compétente porte sur un beaucoup plus grand nombre de points et qu'il est exigé aussi bien pour la reconnaissance que pour l'exécution de sentences arbitrales étrangères. Il en est de même en droit italien.

Art. 7 de la loi suédoise déjà citée du 14 juin 1929; brochure n° 122 publiée par cette même Chambre, 1947, p. 21.

Art. 825, C.P.C. it.

Aux Pays-Bas, la sentence étrangère ne peut pas être rendue exécutoire; mais elle constitue un titre légal qui permet à la partie ayant obtenu gain de cause de demander au juge compétent la condamnation de l'adverse partie aux fins de satisfaire à la sentence arbitrale rendue à l'étranger en vertu du compromis ou de la clause compromissoire. Le juge n'a pas à se prononcer sur la sentence elle-même.

Molengraaf, *L'arbitrage commercial et la loi néerlandaise*, p. 9, brochure n° 63, publiée par cette même Chambre, 1928.

En Angleterre, on admet aussi bien la procédure ordinaire que la procédure d'exequatur. Pour faire exécuter une sentence étrangère, il y a lieu de saisir le tribunal d'une demande requé-

rant une ordonnance ou un jugement ayant le même effet que la sentence, ou d'introduire une action en justice pour rupture du contrat par lequel l'autre partie s'engageait à observer la sentence.

J. E. James, *op. cit.*, brochure n° 91 publiée par la Chambre de commerce internationale, p. 16.

En Suisse, les législations cantonales — l'arbitrage y ayant le caractère d'une institution de procédure ne fait pas l'objet des dispositions de droit fédéral car la Confédération n'a pas le droit de légiférer dans ce domaine — ne contiennent pas de règles de droit positif sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères. D'une manière générale celles-ci sont assimilées aux jugements étrangers, ce qui entraîne la subordination de leur exécution à l'exigence de la réciprocité, qui est considérée, dans la majorité des cantons, comme une condition *sine qua non* de l'exécution; ne font exception que les lois de Neuchâtel, Berne et Tessin. Néanmoins, si les conditions de l'exequatur du droit cantonal ne sont pas remplies, une action de droit commun en exécution de la sentence arbitrale, peut être intentée, bien que la question fasse l'objet de controverses.

Dans ce sens, Vollenweider, *L'arbitrage volontaire en droit international privé*, 1938, p. 76.

Nous estimons que l'Institut de droit international n'a pas à s'inspirer de l'un ou l'autre de ces systèmes. Les Résolutions qu'il adoptera auront, nous l'avons déjà relevé, le caractère d'une *lex ferenda*; nous pensons qu'elles doivent correspondre à la double nature contractuelle et juridictionnelle de l'arbitrage privé, ce qui nous conduit à préconiser les solutions qui suivent.

A. La nature conventionnelle de l'arbitrage privé implique :

1° La reconnaissance par un pays étranger de toute sentence arbitrale définitive d'après la loi du lieu du siège du tribunal arbitral, reconnaissance qui permettra à la partie qui a obtenu

gain de cause de s'opposer à ce que son adverse partie lui intente une action devant un tribunal étranger, en soulevant une exception de nature conventionnelle fondée sur le dessaisissement de tout juge étatique en vertu du compromis ou de la clause compromissoire.

2° Le droit à toute partie qui est au bénéfice d'une sentence arbitrale exécutoire d'après la loi du lieu du siège du tribunal arbitral, de recourir, si elle le préfère, étant donné les conditions mises à l'exécution des sentences arbitrales étrangères par la loi du pays où l'exécution est requise, à la voie de la procédure ordinaire en demandant l'exécution de la sentence afin d'obtenir que la prestation qui incombe, par la sentence arbitrale, à la partie qui a succombé, soit remplie. Dans cette éventualité les conditions indiquées ci-dessous pour assurer la reconnaissance ou l'exequatur des sentences arbitrales ne sont pas applicables.

B. La nature juridictionnelle de l'arbitrage privé implique pour chaque Etat le droit de déterminer dans son droit interne les conditions et la procédure à suivre pour obtenir l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère exécutoire d'après la loi du pays du siège du tribunal arbitral.

Dans un intérêt évident de simplification, il est recommandable de faire dépendre la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères des mêmes conditions (système du droit suédois). Il y a lieu de remarquer aussi qu'en exigeant que la sentence arbitrale étrangère soit exécutoire dans le pays où elle a été rendue, il est permis de réduire au minimum les réserves apportées à la reconnaissance et à l'exécution de ces sentences et de décharger le juge ou l'autorité qui doit prendre une décision à ce sujet de l'obligation de procéder à l'examen toujours difficile et délicat de la validité d'une convention arbitrale, de la possibilité d'un appel ou d'une autre procédure

judiciaire de recours dans l'Etat du siège des arbitres, de l'existence d'une cause de nullité de la convention d'arbitrage d'après la loi du pays du siège du tribunal arbitral. La preuve de la force exécutoire dans ce pays sera aisément fournie, soit par une ordonnance judiciaire ou administrative d'exécution, soit par une attestation officielle délivrée par les autorités compétentes du lieu de reddition de la sentence, établissant que celle-ci peut y être exécutée. Nous n'ignorons pas que cette exigence n'est posée que par un petit nombre de lois, droit italien (art. 800 du C.P.C.), droit suédois puisqu'il refuse la reconnaissance et l'exécution « si pour une autre cause (que la nullité de la convention arbitrale ou de la sentence) la sentence est sans effet dans ledit Etat » (celui où elle a été rendue), selon l'art. 7, chiffre 3 de la loi du 14 juin 1929 sur les conventions arbitrales et sentences arbitrales étrangères; en Suisse l'exécution est refusée à une sentence étrangère qu'on ne peut assimiler à une véritable sentence judiciaire.

Dans ce sens, arrêt du Tribunal fédéral du 24 juin 1946, aff. Moeri c/ Lerch et Steffen, *Rec. off.* 72 I 86.

En droit néerlandais cette question n'a pas d'importance puisque la sentence étrangère ne peut sortir ses effets en dehors d'une action spéciale en exécution de la convention d'arbitrage; en droit anglais la question n'est, à notre connaissance, pas tranchée. Les autres Etats exigent généralement que la sentence soit définitive; or la meilleure preuve qu'il en est ainsi sera toujours celle de sa force exécutoire dans le pays du siège du tribunal arbitral.

De lege ferenda, les conditions permettant au juge de refuser la reconnaissance ou l'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère seront, par conséquent, les suivantes :

1° lorsque la sentence a été annulée dans l'Etat où elle a été rendue (loi suédoise du 14 juin 1929, art. 7, chiffre 2);

2° lorsque la juridiction arbitrale a excédé sa compétence ou ses pouvoirs (Projet de loi uniforme, art. 20, chiffre 3) ou n'a pas prononcé sur toutes les conclusions des parties (Loi uniforme, art. 31);

3° lorsque les parties n'ont pas été régulièrement citées ou représentées, ou lorsque la procédure n'a pas été conduite impartialement ou qu'il a été commis dans la procédure arbitrale quelque autre faute grave qui a eu une influence sur la solution du litige (Projet de loi uniforme, art. 29, chiffre 4), notamment si la sentence a été rendue après expiration du délai prévu par le compromis ou la clause compromissoire;

4° lorsque la sentence arbitrale est en contradiction avec une décision rendue, après la conclusion du compromis ou de la clause compromissoire, par une autorité judiciaire ou administrative du pays d'exécution (loi suédoise du 14 juin 1929, art. 7, chiffre 7);

5° lorsque la sentence n'est pas motivée, alors que les parties avaient stipulé qu'elle serait pourvue de motifs (art. 29, chiffre 8 du Projet de loi uniforme);

6° lorsqu'il existe dans la procédure ou la sentence un fait à raison duquel la reconnaissance ou l'exécution de la sentence porterait atteinte aux bonnes mœurs (loi suédoise du 14 juin 1929, art. 7, chiffre 8);

7° lorsque la sentence est contraire à l'ordre public du pays où la reconnaissance ou l'exécution est demandée; à ce sujet nous estimons devoir préciser que si les arbitres se sont prononcés sur un point qui ne pouvait être soumis à l'arbitrage d'après la loi de ce pays, il conviendra de distinguer selon que l'arbitrage est impossible eu égard à la nature du litige ou eu égard à la nature de l'arbitrage privé; la méconnaissance de

la sentence pour des raisons d'ordre public ne sera possible que dans la première éventualité (voir art. 4 de notre projet de Résolutions). L'exigence de l'égalité des parties et la garantie de l'indépendance du tribunal arbitral (constitution strictement paritaire) sont généralement d'ordre public.

Dans ce sens, arrêts du Tribunal fédéral suisse du 25 novembre 1947 et du 17 mai 1950, *Rec. off.* 73 I 86 et 76 I 121. Voir aussi l'art. 6 du Projet de loi uniforme.

Nous estimons que dans aucun cas l'autorité du pays où la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est requise n'a qualité pour en prononcer la nullité. Elle ne peut que la méconnaître ou en paralyser l'exécution; ces moyens de droit suffisent à sauvegarder ses intérêts; la sentence arbitrale subsiste avec tous ses effets dans le pays où elle a été rendue tant qu'elle n'y a pas été annulée ou cassée ou modifiée par application de la loi du siège du tribunal arbitral. Sur ce point nous nous écartons nettement des dispositions du Projet de loi uniforme qui prévoit en son article 37 que l'annulation doit être demandée au tribunal du lieu où l'exequatur est requis, et si cet exequatur n'a pas été demandé, au tribunal prévu par les parties et, enfin, à défaut d'une telle stipulation, au tribunal du lieu où la partie demanderesse a sa résidence habituelle. Cette succession de fors peut être recommandée dans une réglementation uniforme où les causes d'annulation seraient les mêmes dans tous les Etats. En dehors de cette éventualité, elle ne nous paraîtrait pouvoir être introduite que dans une réglementation de droit international privé prévoyant l'application de *la loi* du siège du tribunal arbitral par l'une de ces diverses juridictions. Mais si on entendait réserver à chacun de ces tribunaux la faculté de décider, en vertu de ses propres règles de rattachement, la loi qu'il y aurait lieu d'appliquer aux actions en

nullité, auxquelles il faut assimiler les actions en révocation ou autres moyens de recours, nous devrions préconiser la compétence exclusive du tribunal étatique du lieu où le tribunal arbitral a son siège, car il nous paraîtrait contraire à la logique et aux exigences de la justice de tolérer l'anéantissement de toute une procédure arbitrale, qui se serait régulièrement déroulée dans le pays du siège, par application, *a posteriori*, d'une loi nouvelle, celle du pays d'exécution, que les arbitres ne pouvaient pas connaître au moment où ils ont rendu leur sentence.

La solution de l'art. 3 de la Convention de Genève du 26 septembre 1927 peut nous servir de directive; il y est disposé à propos de la procédure de reconnaissance ou d'exécution :

> « Si la partie contre laquelle la sentence a été rendue établit qu'il existe, d'après les règles applicables à la procédure d'arbitrage, une cause... qui lui permette de contester la validité de la sentence, le juge pourra, s'il lui plaît, refuser la reconnaissance ou l'exécution, ou les suspendre en donnant à la partie un délai raisonnable *pour faire prononcer la nullité par le tribunal compétent.* »

Cette procédure de renvoi à un autre tribunal n'est nullement insolite dans les relations internationales concernant l'arbitrage privé; on en rencontre un autre exemple dans l'art. 31 du Projet de loi uniforme qui permet au juge d'exequatur, à la requête de l'une des parties, de renvoyer la sentence à la juridiction arbitrale étrangère lorsqu'elle a omis de statuer sur l'un des points à elle soumis, afin qu'elle rende une sentence complémentaire.

Le droit italien n'admet pas non plus que la nullité ou la révocation de sentences arbitrales étrangères puisse être prononcée par le préteur chargé de conférer l'exequatur ou par le tribunal ou la Cour d'appel qui, en droit interne, a compétence de connaître de ces actions (art. 832 C.P.C. it.).

Marmo, *loc. cit.*, p. 103 : « Riteniamo anche noi che contro le sentenze arbitrali straniere riconosciute in Italia non sia ammissibile nè l'azione di nullità nè la demanda per revocazione. »

Dans le même sens, mais d'une manière générale, Schnitzer, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 1950, vol. II, p. 748 : « Das Nichtigkeitsverfahren ist von der Rechtsordnung des Landes zu regeln, innerhalb dessen Gerichtsbarkeit der Schiedsspruch gefällt ist. Das ist normalerweise das Land des Sitzes des Schiedsgerichts, nicht der Wohnsitz der Parteien. »

Les effets de l'exequatur sont ceux prévus par la loi du pays où il a été accordé; c'est cette loi qui décidera si la tierce-opposition peut être proposée, si l'hypothèque judiciaire peut faire l'objet d'une inscription et grever un immeuble sis dans ce pays sur la base d'une sentence arbitrale étrangère munie de l'exequatur, et d'une manière générale quelle est sa force probante, ses effets sur la prescription, les intérêts moratoires, etc.

Les Résolutions que nous avons l'honneur de proposer à l'Institut s'inspirent, en partie, de considérations nouvelles; nous croyons qu'à défaut d'autres mérites on ne peut leur refuser celui de constituer une réglementation tout à fait cohérente des très difficiles conflits de lois auxquels donne lieu l'arbitrage privé dans les relations internationales et de tenir compte de la double nature juridique de cette institution.

VII.

Projet de Résolutions

L'Institut de Droit international :

Considérant qu'en raison de sa nature juridique *sui generis*, l'arbitrage privé ne peut être régi, dans les relations internationales, par une loi unique, car, bien que puisant son efficacité dans l'accord des volontés des parties qui se manifeste par la convention d'arbitrage, il a un caractère juridictionnel impliquant l'application de règles de droit de procédure,

adopte les Résolutions suivantes :

A. *Questions générales*

Article 1er

Les parties sont libres dans la Convention arbitrale (compromis ou clause compromissoire) de faire usage de leur autonomie et d'indiquer le lieu où le tribunal arbitral doit siéger; ce choix implique qu'elles entendent soumettre l'arbitrage privé à la loi du pays de ce siège, dans la mesure indiquée par les dispositions qui suivent.

Si les parties ont expressément élu la loi applicable à la convention d'arbitrage, sans fixer le siège du tribunal arbitral, elles sont censées être tacitement convenues que celui-ci aura son siège sur le territoire du pays dont la loi a été élue par elles.

Si les parties ont indiqué dans la convention arbitrale le pays du siège du tribunal arbitral et adopté la loi d'un autre pays pour régir la convention d'arbitrage, le siège sera déterminé de la manière suivante :

a) dans le pays dont la loi a été élue, lorsque les droits des deux Etats ont consacré le principe que l'arbitrage doit

avoir lieu sur le territoire de l'Etat dont la loi a été choisie par les parties,

b) dans le pays où le siège a été fixé par les parties, lorsque la règle que l'arbitrage doit avoir lieu sur le territoire de l'Etat dont la loi a été choisie par les parties n'est admise par les lois d'aucun des deux Etats, ou ne l'est que par l'une d'elles.

Article 2

A défaut de siège expressément indiqué dans la convention arbitrale ou tacitement déterminé par les parties, celles-ci sont censées avoir investi les arbitres du droit de fixer librement par décision prise à la majorité, le lieu où siégera le tribunal arbitral, et ce choix, par interprétation de la volonté tacite des parties contractantes, détermine la loi applicable à l'arbitrage.

Au cas où les arbitres siégeraient successivement dans divers Etats, le siège du tribunal arbitral est censé établi au lieu de leur première réunion, sauf réserve expresse des arbitres en faveur d'un autre lieu, et la loi en vigueur dans le lieu du siège ainsi fixé est applicable à l'arbitrage.

Si les arbitres ont leur résidence habituelle dans des Etats différents et procèdent par voie de simple échange de correspondance, sans se réunir, le siège du tribunal arbitral est censé établi au lieu de la résidence habituelle du surarbitre, éventuellement de l'arbitre unique, et, s'il n'y a pas de surarbitre, le siège du tribunal arbitral sera fixé de commun accord ou à la majorité par les arbitres; dans toutes les éventualités, la loi applicable à l'arbitrage privé est celle du siège déterminé de l'une ou l'autre des manières indiquées, sous réserve des dispositions qui suivent.

B. *Capacité et pouvoir de compromettre*

Article 3

La capacité de compromettre est régie par la loi indiquée d'après les règles de rattachement en vigueur au lieu du siège du tribunal arbitral.

Article 4

Le pouvoir de compromettre en tant qu'il concerne la nature juridique du litige, est régi par la loi applicable au fond du rapport litigieux; cette loi est déterminée par les règles de rattachement de l'Etat où siège le tribunal arbitral.

Le pouvoir de compromettre en tant qu'il concerne la nature même de l'arbitrage privé, en particulier la clause compromissoire, est régi par la loi du siège du tribunal arbitral.

La loi applicable au fond du litige d'après les règles de rattachement de l'Etat du siège du tribunal arbitral détermine si l'interdiction de compromettre résulte de la nature du litige ou de celle de l'arbitrage privé.

Article 5 (éventuel)

L'Etat où les parties ont toutes deux leur résidence habituelle ou leur principal établissement industriel ou commercial peut méconnaître, pour fraude à ses propres lois, le compromis ou la clause compromissoire interdit d'après ses lois, alors même que la loi du lieu du siège du tribunal arbitral reconnaît le pouvoir de compromettre des parties contractantes.

C. *Contrat principal et convention d'arbitrage*

Article 6

Les conditions de validité de la convention d'arbitrage selon les principes généraux du droit des obligations ne sont pas nécessairement soumises à la même loi que celle applicable au contrat principal. Elles sont régies par la loi en vigueur dans le pays du siège du tribunal arbitral, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la clause compromissoire fasse ou non partie intégrante du contrat principal.

D. *Forme*

Article 7

La forme de la convention d'arbitrage est régie par la loi en vigueur dans le pays où l'acte a été conclu. Néanmoins, le compromis ou la clause compromissoire qui ne répond pas aux exigences de forme de cette loi, est valable si les formes exigées par la loi du lieu du siège du tribunal arbitral ont été observées.

Les mêmes principes sont applicables à la forme de l'acte de désignation des arbitres, intervenu postérieurement à la conclusion du contrat d'arbitrage.

Sont réservées les dispositions d'ordre public de la loi du lieu où siège le tribunal arbitral.

E. *Arbitres et procédure*

Article 8

Les rapports contractuels entre les parties et les arbitres sont régis par la loi du lieu où siège le tribunal arbitral.

Cette loi indique aussi la composition du tribunal arbitral et les conditions que doivent remplir les arbitres pour pouvoir remplir leur mission. Elle est applicable aux motifs de récu-

sation des arbitres, à leur révocation, au déport des arbitres et à ses conséquences, ainsi qu'aux causes mettant fin à l'arbitrage.

Les autorités compétentes pour procéder à l'élection des arbitres ou du surarbitre lorsque les accords des parties présentent des lacunes à ce sujet sont celles désignées par la loi du siège du tribunal arbitral.

La capacité civile des arbitres est réglée par la loi applicable selon les règles de rattachement de l'Etat de ce siège.

Article 9

La loi du lieu du siège du tribunal arbitral détermine si la procédure à suivre par les arbitres peut être librement établie par les parties, et si, à défaut d'accord à ce sujet entre les parties contractantes, elle peut être arrêtée par les arbitres ou doit être remplacée par les dispositions applicables à la procédure devant les tribunaux ordinaires.

Article 10

La loi du lieu du siège du tribunal arbitral est seule applicable pour décider si les arbitres ont la compétence de statuer sur la nullité de la convention d'arbitrage lorsqu'elle est invoquée devant eux par l'une des parties.

F. *Droit applicable au fond du litige*

Article 11

Le droit du lieu où siège le tribunal arbitral ne s'applique pas nécessairement au fond du litige, mais les règles de rattachement en vigueur dans cet Etat devront être suivies pour déterminer la loi qui est compétente à cet égard.

Les parties peuvent indiquer aux arbitres, dans les limites permises par les règles de rattachement de l'Etat du siège du tribunal arbitral, le droit sur la base duquel la sentence doit être rendue quant au fond.

Si la loi du lieu du siège du tribunal arbitral les y autorise, les parties peuvent donner aux arbitres le pouvoir de juger en équité.

G. *Recours*

Article 12

La loi du lieu du siège du tribunal arbitral est applicable au dépôt et aux formalités donnant à la sentence force de chose jugée et force exécutoire, ainsi qu'aux conditions auxquelles les voies de recours contre la décision des arbitres sont ouvertes aux parties; c'est elle qui désigne également les autorités auprès desquelles ces divers moyens de droit doivent être introduits.

H. *Reconnaissance et exécution internationales*

Article 13

Les compromis et clauses compromissoires valablement conclus d'après les articles précédents sont reconnus dans tous les Etats, quel que soit le lieu où la sentence doit être rendue. Tout tribunal devant lequel une partie intenterait une action judiciaire en violation d'un compromis ou d'une clause compromissoire devra se dessaisir de l'affaire, à la demande de l'autre partie, si celle-ci apporte la preuve de la conclusion d'une convention arbitrale.

Si l'une des parties soulève devant les tribunaux ordinaires l'exception de l'invalidité du compromis ou de la clause compromissoire, le juge tranche la question par application de la loi qui est compétente en vertu des articles des présentes

Résolutions; il peut aussi renvoyer les parties à la juridiction arbitrale, sous réserve des droits de recours aux tribunaux étatiques prévus par la loi du siège du tribunal arbitral. Le siège sera déterminé par application des articles 1 et 2 des présentes Résolutions.

Les parties ont aussi la faculté de convenir que la question de la validité du compromis ou de la clause compromissoire sera soumise à l'arbitrage d'un organisme spécial désigné par elles [1].

Article 14

Sous réserve de ce qui est disposé à l'art. 15 la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère est assurée par tout Etat où elle est invoquée, dès qu'elle a force de chose jugée et force exécutoire d'après la législation du pays du siège du tribunal arbitral, sans qu'il y ait lieu de procéder à un examen au fond.

Article 15

Les sentences arbitrales étrangères ne sont pas reconnues et l'exequatur leur est refusé dans les cas suivants :

1° lorsque la nullité de la sentence a été prononcée dans l'Etat du siège du tribunal arbitral;

2° lorsque les parties n'ont pas été régulièrement citées ou représentées;

3° lorsque la sentence est en contradiction avec une décision rendue, après la conclusion de la convention d'arbitrage, par une autorité judiciaire ou administrative du pays où elle est invoquée;

4° lorsque les arbitres ont excédé leurs compétences;

---

[1] Dans ce sens, l'art. 10, chiffre 3 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale.

5° lorsque la sentence n'a pas prononcé sur toutes les conclusions des parties;
6° lorsque la sentence n'est pas motivée, alors que les parties étaient convenues qu'elle serait pourvue de motifs;
7° lorsque la sentence est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs du pays où elle est invoquée, notamment lorsque le compromis ou la clause compromissoire confère à une partie une situation privilégiée en ce qui concerne la désignation des arbitres.

Article 16

La reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales étrangères peut encore être refusée lorsqu'elles portent sur des litiges qui, en raison de leur nature juridique, ne sont pas susceptibles d'être réglés par voie d'arbitrage d'après la loi du pays où elles sont invoquées.

Article 17

La partie qui demande la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère doit joindre à sa requête :

1° l'original de la sentence ou une copie assurant son authenticité d'après la législation du lieu du siège du tribunal arbitral;
2° les pièces officielles établissant que la sentence a force de chose jugée et force exécutoire, dans le pays du siège du tribunal arbitral.

Article 18

La partie qui ne peut obtenir une ordonnance d'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère, peut intenter une action de nature contractuelle en exécution du compromis ou de la clause compromissoire, aux conditions fixées par la loi du pays où cette exécution est demandée.

Article 19

La loi du pays où la sentence arbitrale étrangère est invoquée règle les formalités, la procédure et les effets de la reconnaissance ou de l'exequatur.

Ce projet de Résolutions n'a donné lieu à aucune observation de la part des membres de la quatorzième Commission, à la seule exception de M. Arminjon, qui a fait parvenir à votre rapporteur des observations et un contre-projet. L'essentiel de ces observations a déjà été examiné et réfuté dans le présent rapport; elles sont à base de droit français, alors que votre rapporteur n'a pas jugé que la mission que vous lui avez confiée impliquât l'obligation de s'inspirer d'une législation particulière et qu'il a dû prendre en considération des droits positifs qui s'écartent sensiblement de la législation française sur l'arbitrage privé. Ayant déjà discuté un premier contre-projet de M. Arminjon, votre rapporteur ne croit pas devoir discuter le nouveau contre-projet qui lui a été communiqué. Il se borne à le reproduire en annexe au présent rapport dont il maintient toutes les conclusions.

Annexe

A. Observations de M. Pierre Arminjon sur le nouveau projet de Résolutions

Mon cher collègue,

J'ai lu, avec l'attention et l'intérêt qu'ils méritent, le rapport et le projet de Résolutions qui complètent et modifient d'une façon heureuse votre rapport et votre projet primitifs.

Depuis que je vous ai soumis mes précédentes observations j'ai traité avec de grands développements la question de l'arbitrage dans une nouvelle édition d'un de mes ouvrages, ce qui a eu pour effet de modifier mes idées sur le sujet. J'ai, en conséquence, remanié et complété le contre-projet que je vous ai soumis à la suite de mes précédentes observations sur votre rapport primitif.

Observations générales

Il me semble que les objections adressées à la règle fondamentale de votre projet de Résolutions subsistent.

La compétence attribuée à la loi du lieu où siègent les arbitres se fonde sur leur assimilation à des juges et à l'assimilation de leur sentence à un jugement. Cette théorie se heurte à des objections péremptoires. Les arbitres exercent leurs fonctions en vertu d'une convention privée, ils n'ont pas les pouvoirs que la loi confère aux juges d'obliger les parties et les témoins, sous des sanctions, à comparaître. Dans la plupart des législations, ils ont la faculté de refuser de remplir leur mission, ils sont libres de s'en départir, ils peuvent être révoqués par les parties d'un commun accord, ils délibèrent et statuent suivant

une procédure qui diffère de celle que doivent observer les tribunaux, ils doivent statuer conformément à la loi que les parties leur prescrivent d'appliquer et celles-ci peuvent même convenir qu'ils ne seront pas tenus de s'y conformer, elles peuvent également dispenser les arbitres d'observer les règles du droit et leur prescrire de statuer en équité. Par elle-même, la sentence arbitrale n'est pas exécutoire et ne produit pas hypothèque judiciaire, elle n'est pas susceptible d'appel s'il en a été ainsi convenu dans le compromis [1]. Les arbitres ne sont pas les seules personnes privées qui ont le pouvoir de terminer un litige, il en est de même en fait des experts nommés par la justice et plus encore du tiers auquel les parties remettent un blanc-seing avec pouvoir de le remplir comme il l'entendra, transaction par mandat qui ne se confond pas avec l'arbitrage [2] ou du tiers qui a mission de fixer le prix d'une vente en vertu de l'article 1592 du Code civil.

Si l'on se place dans le plan du droit international privé, des différences essentielles opposent l'arbitrage à la juridiction et la sentence arbitrale au jugement.

Si les arbitres étaient des juges et formaient un vrai tribunal, ils devraient siéger dans le pays dont les tribunaux sont compétents selon les règles de compétence internationale.

S'agit-il, par exemple, de la propriété d'un immeuble, les arbitres devraient statuer là où le bien est situé; le litige met-il aux prises des héritiers, la sentence devrait être préparée et prononcée au lieu de l'ouverture de la succession. L'application de ces règles serait souvent impossible, il en résulterait en tout cas des complications, des retards et des frais qui iraient à l'encontre du but de l'arbitrage. On en peut dire autant des règles sur l'exécution des jugements.

---

[1] Code de proc. civ. français, art. 1008-1014.

[2] Garsonnet et César-Bru, t. VIII, n° 225.

Si l'on se place au point de vue pratique, les objections ne sont pas moins fortes. Il arrivera fréquemment que le lieu dans lequel les arbitres ont préparé et rendu leur sentence ou celui dans lequel ils se sont réunis ne pourra pas être déterminé ou que le fait que les arbitres ont statué ou du moins se sont réunis dans ce lieu, sera accidentel.

D'une façon générale le choix par les parties ou par les arbitres du pays où ces derniers doivent siéger ou rendre la sentence n'implique pas à lui seul l'intention de rendre compétente la loi qui est en vigueur.

L'assimilation de ce que l'on dénomme pour plus de commodité le tribunal arbitral à un vrai tribunal, celle des arbitres à des juges et celle de la loi en vigueur dans le lieu où ils siègent à une vraie *lex fori* produit des conséquences inadmissibles.

C'est ce que prouvent les exemples suivants.

Le litige porte sur une convention que tous ses éléments rattachent à la loi suédoise, les contractants sont Suédois, leur domicile et leur résidence sont en Suède. Est-il admissible que les règles de rattachement de la loi anglaise soient applicables en l'espèce parce que les parties n'ont désigné ni la loi applicable ni le pays où devait siéger le tribunal et que les arbitres et, le cas échéant, le surarbitre résident en Angleterre ou encore (art. 1, al. 1, et art. 2, al. 2, du projet) parce que les arbitres y ont tenu la première de leurs réunions successives dans plusieurs pays ?

Il me semble évident que les parties d'une part, les arbitres de l'autre ont envisagé l'application de la loi suédoise à l'arbitrage; la volonté tacite des parties à laquelle vous vous référez dans l'art. 2, al. 1, n'est pas douteuse et je ne crois pas que les arbitres, même si on les assimile à des juges, puissent en faire abstraction.

2° Le litige porte sur le règlement de la succession *ab intestat* ou testamentaire d'un Anglais domicilié en Angleterre dont les héritiers sont Anglais. Est-il admissible que le droit italien ou

ses règles de rattachement soient applicables parce que les arbitres ont délibéré et rendu la sentence en Italie ou parce qu'ils y résident, solution dont je montrerai plus loin les conséquences ?

3me exemple. Du rapprochement de l'art. 2 (al. 1 et 2) et des articles 6 et 8 résulte la solution suivante: « A défaut de siège expressément indiqué dans la convention arbitrale ou tacitement déterminé par les parties (..) au cas où les arbitres siégeraient successivement dans divers pays, le siège du tribunal arbitral est censé établi au lieu de leur première réunion. »

L'art. 2 al. 3 dispose que si les arbitres ont leur résidence habituelle dans des Etats différents ou ont procédé par correspondance sans se réunir et, s'il n'y a pas de surarbitre, le siège du Tribunal arbitral sera fixé à la majorité par les arbitres.

La loi de ce lieu règle notamment la *composition du tribunal arbitral*, les *conditions que doivent remplir les arbitres pour pouvoir remplir leur mission*, leur capacité civile, les motifs de leur récusation et, le cas échéant, *les autorités compétentes pour procéder à leur élection*, etc. (art. 8).

Je me demande s'il est possible d'appliquer la loi du lieu où se sont réunis les arbitres ou ses règles de rattachement *aux conditions de leur désignation* alors qu'ils ne se sont pas réunis. *Comment pourraient-ils se réunir avant d'avoir été désignés ?* N'y a-t-il pas là un cercle vicieux qui montre quelles peuvent être les conséquences de la détermination du siège du tribunal et de la loi compétente au moyen d'une présomption qui est en réalité une fiction ?

Le projet rend applicables les règles de rattachement de la loi du pays où siège le tribunal, à la capacité de compromettre (art. 3), au fond du litige (art. 11, al. 1).

Il ne dit rien des règles de qualification, mais je suppose que le projet rend également compétente la loi susdite à l'égard de ces règles.

Il me semble tout d'abord que prêter aux parties « la volonté tacite » de soumettre l'arbitrage privé à la loi désignée par les règles de rattachement de la loi du siège plus ou moins fictif du tribunal arbitral *même quand ce siège a été ou est censé avoir été choisi par les arbitres*, c'est ne pas tenir compte de leur intention qui, dans bien des cas, notamment dans celui que j'ai indiqué plus haut, ne sera pas douteuse, c'est décevoir le plus souvent leurs prévisions. Je crois que les parties ont dû normalement prévoir la compétence de la loi en vigueur dans le pays où se trouve leur résidence habituelle ou leur établissement (art. 7 de mon contre-projet).

J'ai déjà signalé une des conséquences de cette solution, j'y reviens avec quelques développements.

L'arbitrage porte sur le règlement d'une succession mobilière laissée par un *de cujus* britannique domicilié en Angleterre selon les règles du droit anglais. Sa fortune mobilière se trouve également en Angleterre. Sa succession s'est ouverte en Angleterre.

Les arbitres, qui sont des sujets britanniques et résident en Angleterre, ont siégé en Italie, dont la législation n'admet pas le renvoi à la différence du droit anglais, et ils ont appliqué la loi italienne qui rend compétente en cette matière la loi nationale. Ils ont par conséquent déclaré les parties capables de compromettre, alors que le droit anglais, je le suppose, les en déclare incapables, ils opéreront la dévolution selon les règles du droit anglais. Le règlement de cette succession dépendra donc du hasard ou même du calcul de ceux des héritiers que la loi italienne favorise par rapport à la loi anglaise.

On peut se demander pourquoi le projet a limité l'application des règles de rattachement de la loi qu'il déclare applicable à la convention, à la capacité des parties de compromettre et aux règles de fond. N'est-il pas logique de régler la forme de la convention d'arbitrage et celle de l'acte de désignation

des arbitres par les règles de rattachement de la loi du lieu où siège le tribunal arbitral et non, comme le fait l'art. 7 du projet, soit par la loi en vigueur dans le pays où l'acte a été conclu, soit par les règles de droit interne du lieu du siège du tribunal si les formes qu'elle prescrit ont été observées ?

Les raisons ne sont-elles pas les mêmes qu'il s'agisse des règles de fond et des règles de forme ?

Je renouvelle ma suggestion de distinguer nettement l'arbitrage volontaire de l'arbitrage imposé par une loi et de distinguer le rattachement du compromis de celui de l'arbitrage. Des lois différentes y sont en effet respectivement applicables.

Observations sur les articles du projet

Le projet emploie indistinctement, parfois dans le même article et le même alinéa (art. 1, al. 4 et 5, art. 2, art. 13, al. 1, art. 14, al. 1, art. 15), les mots Etat, pays, lieu. Je propose de supprimer Etat. Dans le territoire de la plupart des Etats, des systèmes juridiques et, par conséquent, des législations différentes sont, en effet, en vigueur. Exemple : Grande-Bretagne, Etats-Unis de l'Amérique du Nord et de celle du Sud, Pologne, etc., etc.

Art. 6. — Qu'est-ce que le « contrat principal » ? Je pense que c'est le contrat dont l'interprétation ou l'application fait l'objet du litige ? Mais le litige peut avoir un autre objet, par exemple la validité d'un testament, la responsabilité résultant d'un accident. Par quelle loi sera réglée dans ces situations la validité du compromis ?

Art. 8. — Le règlement des rapports contractuels entre les parties et les arbitres rentre dans l'autonomie des parties. Je crois donc que si le compromis ne règle pas expressément ces rapports, leur règlement doit être fait selon la loi applicable au compromis et non selon celle du siège du tribunal arbitral.

Art. 14. — Cet article refuse à l'autorité ou au tribunal auquel l'exécution de la sentence est demandée le droit de procéder à un examen du fond. Supposons que ce pouvoir lui soit attribué soit par le compromis, soit par la loi applicable à l'arbitrage et qu'il le soit aussi par la loi du pays où la sentence est invoquée; je ne vois pas pourquoi il n'en disposerait pas. Je crois que s'il a été convenu entre les parties soit que ce tribunal ou cette autorité aurait un tel pouvoir, soit que celle d'entre elles contre laquelle la sentence serait prononcée pourrait former un appel devant lui, les parties n'ont pas dépassé les limites de leur autonomie.

Art. 15. — Je me demande si cet article se concilie avec l'art. 12 qui soumet à la loi du siège du tribunal arbitral les conditions auxquelles les voies de recours sont ouvertes aux parties ? L'art. 14 refuse sans faire de distinction à l'autorité ou au tribunal auquel l'exécution est demandée le pouvoir de procéder à l'examen du fond.

Ainsi que vous l'envisagez dans l'art. 18 du projet, certaines législations, spécialement le droit anglais, ignorent l'exequatur. Selon le droit anglais, les jugements étrangers créent une obligation qui sert de fondement à une action devant les cours de justice anglaise (Dicey *Digest*, 6me édition, Rule 91, Cheshire, 3me édition, p. 769). Comment donc une de ces cours pourrait-elle appliquer les dispositions de la loi française en cette matière à l'exécution d'une sentence préparée et rendue en France ?

La disposition de l'article 18 ne pourrait pas, je le crois, s'appliquer même à l'exécution d'un jugement étranger. En cette matière la *lex fori*, c'est-à-dire la loi du tribunal auquel on demande l'exécution, est exclusivement compétente.

Art. 17, al. 2. — Que faut-il entendre par « pièces officielles »? Pourquoi ne pas permettre à la partie qui demande la reconnaissance ou l'exécution de prouver par tous les moyens — par

exemple (ce qui serait la meilleure preuve) en produisant les dispositions de la loi applicable à l'arbitrage que la sentence a force de chose jugée et force exécutoire selon cette loi ?

Comment appliquer cet article si, selon la loi qui régit l'arbitrage, la sentence n'a pas force exécutoire mais constitue seulement un titre sur lequel son bénéficiaire peut fonder une action ?

Art. 19. — Cet article contredit l'art. 12. Ils soumettent respectivement à des lois différentes, les formalités qui donnent à la sentence autorité de chose jugée et force exécutoire.

(13 novembre 1951.)

B. Contre-Projet de M. Pierre Arminjon [1]

Article 1

Quand l'arbitrage est obligatoire, la loi qui l'impose désigne les personnes auxquelles il s'applique, elle établit les conditions que doivent remplir les arbitres, elle nomme les autorités compétentes pour procéder à leur nomination et à celle du surarbitre, si les parties négligent de les désigner ou ne s'entendent pas sur leur désignation, elle détermine les motifs de leur récusation, de leur révocation, de leur déport et les causes qui mettent fin à l'arbitrage. Cette loi règle les pouvoirs des arbitres et la procédure de l'arbitrage, les obligations réciproques des parties et des arbitres. C'est selon les dispositions de cette loi que les arbitres rendent leur sentence.

Quand l'arbitrage est conventionnel, les règles suivantes seront applicables.

[1] Voir mon *Précis de droit international privé*, tome III, N°s 345-373.

Article 2

La capacité civile de compromettre et celle des arbitres est réglée par la loi nationale ou par celle que désignent ses règles de rattachement [1].

Article 3

La forme du compromis et celle de l'acte qui désigne les arbitres sont réglées par la loi du lieu où ils ont été conclus.

Article 4

La loi qui régit le droit en litige selon les règles de rattachement de la loi du pays où la sentence sera invoquée déterminera si ce droit peut faire l'objet d'un arbitrage.

Article 5

Le pouvoir de compromettre est réglé par la loi applicable au rapport juridique ou à l'institution en cause en vertu des règles de rattachement de la loi du pays dans lequel la sentence arbitrale sera invoquée. La première de ces lois dira si ce pouvoir appartient au mineur ou à l'interdit, au mandataire général, à l'un des époux sur les droits matrimoniaux, au gérant d'une société, au syndic d'une faillite, à l'exécuteur testamentaire.

Article 6

La loi du lieu où l'obligation soumise à l'arbitrage aura ses effets déterminera si la cause et l'objet du compromis sont possibles, moraux, licites. Tel est le cas d'un compromis conclu pour faire statuer par les arbitres sur la propriété d'une chose hors du commerce là où elle est située ou pour leur faire

[1] Le renvoi s'impose comme une nécessité lorsque le système juridique dont le droit est applicable à l'état ou à la capacité comprend plusieurs systèmes juridiques et n'a pas de règles communes en cette matière qui est réglée par des dispositions propres à chacun de ces systèmes. C'est le cas notamment de l'Empire britannique, des Etats-Unis de l'Amérique du Nord. (Mon *Précis de droit international privé*, tome I, 3e éd., N° 197.)

fixer la rémunération d'un courtage matrimonial ou d'un pacte *quota litis* si cette loi prohibe ces contrats.

Article 7

Dans les limites que trace à leur autonomie la loi qui régit leur convention, les parties ont le droit de nommer les arbitres et le surarbitre, de les révoquer et de les remplacer, de mettre fin à leur mission, de régler leur compétence et la procédure de l'arbitrage, de désigner la loi qu'ils doivent appliquer.

Si les parties n'ont pas exercé cette faculté et si elles ont saisi de leur différend une institution permanente qui règle tous les litiges portés devant elle conformément à la même loi (comme la Liverpool Cotton Association), ce fait révélera leur intention de se soumettre à cette loi.

En l'absence de tout indice révélant leur intention, la loi du pays dans lequel elles ont l'une et l'autre leur résidence habituelle ou leur principal établissement commercial réglera les droits réciproques des parties et des arbitres s'ils n'ont pas été réglés dans un acte spécial, elle décidera si les arbitres peuvent interpréter la convention et l'annuler soit d'office, soit sur la demande de l'une des parties, elle réglera la procédure de l'arbitrage. C'est suivant ses dispositions que les arbitres rendront leur sentence. Les arbitres observeront toutefois les règles de procédure des lois des pays où ils procéderont à des mesures d'instruction.

Dans le cas où les parties résident dans des pays différents, la loi compétente sera celle du pays dans lequel se trouve la résidence ou l'établissement de la partie dont la situation est prépondérante [1].

---

[1] Les tribunaux français ont souvent validé une clause compromissoire, illicite en droit français, souscrite conformément aux statuts par l'associé d'une société dont le siège social était situé dans un pays où cette clause était licite ou contenue dans un contrat conclu entre la société et ses clients.

Si les parties qui résident dans des pays différents sont dans une situation égale, les arbitres et, s'ils ne s'entendent pas, le surarbitre choisiront la loi applicable [1].

Article 8

La sentence arbitrale régulièrement prononcée produit entre les parties, de plein droit, dans tous les pays les effets suivants : elle a force probante et autorité de chose jugée, elle opère la novation de la créance, l'arrêt des intérêts moratoires, l'interruption de la prescription, elle constitue un titre qui permet de prendre des mesures conservatoires.

Article 9

A l'égard des tiers, le compromis et la sentence arbitrale sont *res inter alios acta.*

Article 10

Si, après que le litige a été soumis aux arbitres, une instance est introduite pour la même cause, entre les mêmes parties, l'exception de litispendance sera opposable au demandeur [2].

Article 11

Le tribunal ou l'autorité du pays où la sentence est invoquée doit vérifier si elle remplit les conditions suivantes :

Le litige pouvait faire l'objet d'un arbitrage, les parties avaient la faculté de compromettre et les arbitres la capacité et le pouvoir de statuer suivant les dispositions des articles 2, 4, 6 ci-dessus.

---

[1] Pour justifier cette règle, on peut dire que les parties qui n'ont pas désigné la loi applicable ont vraisemblablement laissé toute latitude aux arbitres de régler le litige.

[2] Cette exception se fonde en pareille matière soit sur le compromis qui a saisi les arbitres du litige en liant les parties de sorte que l'une d'elles ne peut revenir sur ce qui a été convenu, soit sur la loi qui rend l'arbitrage obligatoire.

Les lois applicables au compromis et à l'arbitrage ont été observées et la sentence valablement et définitivement rendue conformément à la loi que devaient appliquer les arbitres.

Les règles de qualification et celles de rattachement de la législation du pays où doit se faire l'exécution ont été observées.

Les parties ont été régulièrement citées ou représentées.

Les arbitres n'ont pas excédé leur compétence, ils se sont conformés aux dispositions du compromis.

L'exécution sera refusée si la loi que les parties ont prescrit aux arbitres d'observer n'a pas été appliquée par eux, si la sentence n'est pas motivée, si le dispositif est inintelligible, contradictoire ou ne concorde pas avec les motifs, s'il est contraire aux règles d'ordre public, à la morale, au droit public, aux conceptions fondamentales de la loi du pays où l'exécution est demandée.

Article 12

La loi du pays où la sentence est invoquée règle les formalités, la procédure et les effets de la reconnaissance et de l'exequatur.

Article 13

Si la sentence remplit les conditions prévues à l'article 11 et, sauf stipulation contraire du compromis ou disposition contraire de la loi applicable à l'arbitrage, le tribunal du pays où son exécution sera demandée ne pourra pas refuser de la rendre exécutoire ou en modifier le dispositif.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES
du tome I

PREMIÈRE PARTIE
Travaux préparatoires de la Session de Sienne, avril 1952

Pages

I. *L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers* (Première Commission). Rapport et projet de Résolutions définitifs présentés par M. *Ernest Lémonon* 5

A. Rapport définitif de M. Ernest Lémonon 5

Introduction. 6

L'immunité de juridiction 8

I. La théorie classique et la théorie moderne 8

II. Base juridique du présent rapport : La théorie classique 17

III. Deux questions préliminaires 19

a) Quels Etats peuvent bénéficier de l'immunité ? . 19

b) Dans quels cas un Etat peut-il renoncer à invoquer son immunité ? 24

IV. Les exceptions à l'immunité 25

V. Les formalités de la délivrance de l'assignation et la loi qui la régit. 27

VI. L'Etat étranger demandeur doit-il la caution *judicatum solvi* ? A-t-il droit à l'immunité en cas de demande reconventionnelle dirigée envers lui ? 27

Immunité d'exécution forcée (Saisie exécution et saisie conservatoire) 28

Dispositions finales 32

Bref rappel de mon rapport de 1938 32

Pages

B. Projet définitif de Résolutions 36

Annexe

A. Projet provisoire de convention sur l'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers (23 juin 1951) . . 39

B. Observations des membres de la première Commission 44

1. Observations de M. Barbosa de Magalhães 44
2. Observations de Mme Suzanne Bastid 50
3. Observations by Sir Eric Beckett 53
   Appendix to the letter of Sir Eric Beckett : The principles of English Law with regard to the immunity from suit of sovereign Foreign States and their Governments . 55
4. Observations de M. Frede Castberg 93
5. Memorandum by Mr. Edwin D. Dickinson 97
6. Lettre de M. Gerald-Gray Fitzmaurice 100
7. Observations de M. Karl-Gustaf Idman 100
8. Observations de M. A. de La Pradelle 106
9. Observations by Mr. H. Lauterpacht 111
10. Observations de M. Gaetano Morelli 124
11. Observations de M. J. P. Niboyet 127
12. Observations de M. Charles De Visscher 134

II. *La détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats* (Deuxième Commission). Rapport et projet de Résolutions définitifs présentés par M. *Charles Rousseau* 137

A. Rapport définitif de M. Charles Rousseau 137

Introduction 137

I. Origine de l'article 2, § 7 de la Charte des Nations Unies. Comparaison avec l'article 15, § 8 du Pacte de la S. d. N. 139

II. Application de l'article 2, § 7 de la Charte 146

III. Appréciation critique 156

Pages

B. Projet définitif de Résolutions 162

Annexe

Observations des membres de la Commission et de MM. Henri Rolin et Alfred Verdross au Questionnaire et au rapport provisoire de M. Ch. Rousseau 164

1. Observations de M. Edvard Hambro 164
2. Observations de M. Luis A. Podestá Costa 168
3. Observations de M. Henri Rolin 169
4. Observations de M. Alfred Verdross 176

III. *Les changements territoriaux et leurs effets sur les droits des particuliers* (Sixième Commission). Rapport supplémentaire et projet définitif de Résolutions présentés par M. *Alexandre Makarov* 181

A. Rapport supplémentaire de M. Alexandre Makarov 181

B. Projet définitif de Résolutions 194

IV. *De l'interprétation des traités* (Douzième Commission). Observations complémentaires et projet définitif de Résolutions présentés par M. *H. Lauterpacht* 197

A. Observations complémentaires du rapporteur, M. H. Lauterpacht 197

I. Introduction 197
Observations de M. Frederic R. Coudert 198
Observations de M. Max Huber 198
Observations de M. Charles Cheney Hyde 202

II. Travaux préparatoires 207

III. Règles d'interprétation 217

IV. Conclusions 221

B. Projet définitif de Résolutions 222

Pages

V. *Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux* (Dix-neuvième Commission). Rapport et projet de Résolutions présentés par M. *Wilhelm Wengler* 224

A. Rapport de M. Wilhelm Wengler 224

I. Délimitation de la matière 224

II. Considérations générales sur la nécessité d'un recours judiciaire contre les décisions des organes internationaux . 229

III. Le recours judiciaire contre les décisions des organes internationaux examiné sous l'aspect de la constitution des organes internationaux et de leur rôle pour le développement de l'ordre juridique international 232

IV. Le recours judiciaire contre les décisions des organes internationaux examiné sous l'aspect du contenu juridique des décisions 239

V. Le contrôle judiciaire des décisions des organes internationaux examiné sous l'aspect de la portée politique des des décisions 253

VI. Le contrôle judiciaire des décisions des organes internationaux examiné du point de vue des diverses objections possibles contre une décision 261

VII. Les possibilités actuelles de contrôle judiciaire des décisions d'organes internationaux et la nécessité d'introduire une procédure spéciale pour ce contrôle 265

VIII. Détails de la procédure spéciale à prévoir pour le contrôle des décisions d'organes internationaux 275

IX. Comment un recours spécial contre les décisions d'organes internationaux pourrait-il être introduit dans le droit international ? 284

B. Projet de Résolutions 287

Annexe Pages

A. Questionnaire adressé aux membres de la 19me Commission par M. Wilhelm Wengler, le 26 mai 1951 292

B. Observations de membres de la 19me Commission au sujet de l'Exposé préliminaire et du Questionnaire du 26 mai 1951 296

1. Réponse de Mme Suzanne Bastid 296
2. Lettre de Mr. Frederic R. Coudert 301
3. Observations de M. Ladislas Gajzago 303
4. Réponse de M. Edvard Hambro 320
5. Observations de M. Antonio de Luna 328
6. Observations de M. Gabriele Salvioli 348
7. Réponse de M. Alfred Verdross 350
8. Observations de M. J.H.W. Verzijl 351

VI. *L'institution d'une Cour pénale internationale* (Vingtième Commission). Rapport et projet de Résolutions définitifs présentés par M. *H. Donnedieu de Vabres* .

A. Rapport définitif de M. H. Donnedieu de Vabres 361

I. Les résultats de l'enquête ouverte au sein de la 20me Commission 364

II. Les solutions adoptées, dans le cadre du Questionnaire, par le Comité de Genève 372

III. Le sens des Résolutions soumises à l'approbation de l'Institut 378

B. Projet définitif de Résolutions 392

Annexe

A. Questionnaire adressé aux membres de la Commission le 15 février 1951 397

Pages

B. Réponses des membres de la Commission au Questionnaire 15 février 1951 398

1. Réponse de A. Badawi Pacha 398
Annexe à la réponse de A. Badawi Pacha (Projets et conventions) 411
2. Observations by Mr. George A. Finch 419
3. Observations de M. Gerald-Gray Fitzmaurice 421
4. Réponse de M. J.P.A. François 424
5. Réponse de M. Gilbert Gidel 426
6. Réponse de M. Hsu Mo 438
7. Réponse de M. Herbert Kraus 443
8. Answers of Mr. Alf Ross 448
9. Réponse de M. Jean Spiropoulos 450
10. Réponse de M. Manlio Udina 451
11. Réponse de M. Alfred Verdross 455
12. Observations of Mr. Humphrey Waldock 456

VII. *L'élaboration d'une clause modèle de compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice.* Rapport provisoire présenté par M. *Paul Guggenheim* . . 458

VIII. *L'arbitrage en droit international privé* (Quatorzième Commission). Rapport et projet de Résolutions présentés par M. *Georges Sauser-Hall* 469

Rapport et projet de Résolutions présentés par M. G. Sauser-Hall le 12 octobre 1951 469

I. Introduction 469
II. Projet de Résolutions de l'Exposé préliminaire. 471

Pages

III. Observations des membres de la XIVe Commission 476

A. Observations de M. Eugène Borel 477
Observations de Mr. Arthur K. Kuhn 484
Observations de M. Alexandre Makarov 485
Observations de M. Henri Batiffol 488

B. Observations de M. Ernest Lémonon 490
Observations de M. Pierre Arminjon 493
Observations de M. Algot Bagge 502
Observations de M. Hans Lewald 512

IV. Considérations théoriques 514

A. Nature juridique de l'arbitrage privé 516

B. Les points de rattachement 528

V. Les lois applicables à l'arbitrage privé 546

A. La capacité de compromettre 547

B. Le pouvoir de compromettre 548

C. Clause compromissoire et contrat principal 558

D. La forme de la convention d'arbitrage 563

E. Arbitres et procédure 565

F. Droit applicable au fond du litige 570

G. L'intervention du pouvoir judiciaire étatique 572

VI. Reconnaissance et exécution internationales de la sentence arbitrale 574

VII. Projet de Résolutions 593

Annexe

A. Observations de M. Pierre Arminjon sur le nouveau projet de Résolutions 602

B. Contre-Projet de M. Pierre Arminjon 609

Imprimé en Suisse