

INSTITUT DE DROIT
INTERNATIONAL.
ANNUAIRE

Tome 48

1959

I



Réimpression
SCHMIDT PERIODICALS GMBH
D-83075 Bad Feilnbach / Germany
2001

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

1959

—

ANNUAIRE

DE

l'Institut de Droit International

ANNUAIRE
DE
l'Institut de Droit
International

—
Quarante-huitième volume

—
Session de Neuchâtel
SEPTEMBRE 1959

—
Tome I

Justitia et

1959

BALE

Editions juridiques et sociologiques S. A.
(*Verlag für Recht und Gesellschaft A G.*)

Imprimerie de « La Tribune de Genève »

PREMIÈRE PARTIE

Travaux préparatoires

I. La conciliation internationale

(Trentième Commission)

Rapport définitif

présenté par

M. Henri ROLIN

Votre rapporteur ne peut que se féliciter du soin particulier que la plupart des membres de la Commission¹ ont mis à lui faire connaître leurs vues sur la conciliation internationale. La littérature juridique y relative s'est d'autre part accrue depuis la parution du rapport préliminaire d'une étude très approfondie due à notre éminent Secrétaire général M. Hans Wehberg².

¹ Sur la composition de la trentième Commission voir note 2 de l'exposé préliminaire (annexe I). Peu de temps après la rédaction de l'exposé préliminaire, M. Gilbert Gidel, membre de la trentième Commission, est décédé. Il a été remplacé par M. J. P. A. François. Votre rapporteur s'excuse d'autre part de n'avoir pu tenir compte dans la rédaction du présent rapport des très intéressantes observations de M^{me} Bastid qui lui parvinrent à un moment où le rapport était sous presse. Il se réjouit de constater que dans l'ensemble elles ne s'écartent pas des propositions essentielles contenues dans le projet de Règlement.

² Die Vergleichskommissionen im modernen Völkerrecht dans les Mélanges A. N. Makarov : Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 19, 1958, pp. 552-593.

C'est sur base de ces données diverses qu'a été élaboré le présent rapport définitif dont les conclusions sont soumises à l'approbation des membres de la Commission et seront éventuellement amendées suivant l'opinion dominante qui paraîtra se dégager au sein de la Commission.

* * *

Longtemps négligée par les gouvernements, la procédure de conciliation a été utilisée avec succès à diverses reprises au cours des dernières années. Sans doute aurait-elle pu l'être davantage encore; s'il est vrai en effet que les Membres des Nations Unies se sont engagés à régler leurs différends par des voies pacifiques, il est arrivé fréquemment que l'arbitrage ou le règlement judiciaire proposés par une des Parties aient été rejetés par l'autre, et que le différend est demeuré sans règlement. Pourquoi n'a-t-on pas tenté dans ces cas là le recours à la conciliation? Sans doute parce qu'aucun des gouvernements intéressés n'y a songé. Il semble utile dès lors que l'Institut attire l'attention des Etats sur les avantages de cette procédure, ceux-ci étant principalement, suivant notre collègue Jessup, sa simplicité et sa souplesse.

* * *

De quelle autre façon l'Institut peut-il contribuer au développement de la conciliation?

Si l'on se réfère au « Règlement sur la procédure de conciliation » adopté à la session de Lausanne (1927), on constate que la Résolution ainsi dénommée recommande dans trois articles la constitution de commissions permanentes suivant la formule prévue à l'époque dans divers traités de conciliation et d'arbitrage et adoptée depuis dans l'Acte Général — que dans un quatrième article elle recommande aux Etats de s'engager à

accepter le recours à pareille procédure lorsque le différend ne sera pas porté devant une instance arbitrale ou judiciaire — tandis que dans un cinquième elle propose certaines règles de procédure et qu'un sixième, d'une rédaction assez relâchée, se réfère à diverses dispositions de la Convention de La Haye relatives à l'enquête.

Il semble que de ces diverses dispositions on puisse utilement retenir celle qui recommande l'institution préalable de commissions permanentes qui de toute évidence est de nature à faciliter le recours à la procédure de conciliation si dans un cas déterminé les Parties y sont disposées. Peut-être conviendrait-il d'indiquer à ce sujet que plus encore que la connaissance sérieuse des affaires politiques des pays intéressés, il importe que les commissaires soient animés à l'égard de l'une et l'autre Partie d'une réelle sympathie. M. Stone voit en eux un *amicus* des deux Parties. Si l'impartialité suffit pour des arbitres, des qualités plus positives d'affinité et de sympathie paraissent en effet désirables chez ceux dont la mission requiert une complète compréhension des points de vue imposés.

* * *

Des recommandations quant à la procédure se heurtent par contre à première vue à une difficulté insurmontable, à savoir l'extrême diversité des différends susceptibles d'être soumis à des conciliateurs. Tantôt ils auront pour origine une divergence quant à un point de fait, tantôt une divergence sur un point de droit, tantôt sur une question d'intérêts étrangère à toute règle de droit ou dans laquelle une des Parties se réclame de considérations d'équité; tantôt les Parties seront désireuses d'obtenir l'avis consultatif d'un organe impartial auquel elles sont en principe disposées à se conformer; tantôt elles souhaiteront simplement être éclairées de façon plus complète sur les

arguments militant pour et contre chacune des thèses en présence; tantôt elles seront à la recherche d'une transaction.

En présence d'une telle situation, on ne peut que s'incliner devant l'insistance mise par de nombreux commissaires à souligner l'impossibilité de proposer des règles absolues ou uniformes à suivre par les conciliateurs dans tous les cas ¹.

Quel objet l'Institut peut-il dès lors se proposer? Faut-il, comme le suggère M. Guggenheim, se limiter à la réglementation d'un cas déterminé tel celui où le différend est de nature juridique? ou s'efforcer de cataloguer les diverses situations qui peuvent se présenter aux conciliateurs et déterminer la procédure à suivre dans chaque cas?

Il semble qu'une troisième voie puisse être utilement suivie par l'Institut, à savoir celle de l'élaboration d'un règlement supplétif. Compte tenu du silence fréquemment observé par les Parties quant à leur conception de la mission confiée aux conciliateurs, comment ceux-ci doivent-ils la comprendre? Pareil règlement aurait tout au moins l'avantage de fournir une base aux considérations des Parties soit qu'elles s'y réfèrent expressément, soit qu'elles y dérogent sur l'un ou l'autre point particulier.

C'est dans cet esprit qu'a été conçu le projet de Résolution ci-annexé.

Il a paru à votre rapporteur que les points suivants pouvaient utilement être abordés:

- 1° le sens dans lequel l'expression conciliation était comprise dans ledit règlement;
- 2° le mode de saisie de la Commission;
- 3° la fixation de la date et du lieu des réunions;
- 4° la publicité ou l'absence de publicité des séances;

¹ Voir en ce sens les avis de MM. van Asbeck, François, Guggenheim, Hambro, Jessup, Lord MacNair, MM. Stone et Fernand De Visscher.

- 5° l'exposé des points de vue des Parties;
- 6° les autres mesures d'instruction;
- 7° le rapport final;
- 8° la consignation de l'accord éventuel des Parties;
- 9° le procès-verbal d'échec;
- 10° le mode de votation;
- 11° le partage des dépens;
- 12° le secret à conserver aux documents;
- 13° le dépôt des originaux.

* * *

Il a été proposé par certains collègues de traiter dans le Règlement de certains autres points encore:

1° M. Stone souhaiterait voir l'Institut déterminer les sortes de différends pour lesquels la procédure de conciliation paraît le mieux convenir; des indications à ce sujet pourraient selon lui être déduites de la pratique de la conciliation pour le traitement des conflits industriels. Sans méconnaître l'intérêt de ces observations, votre rapporteur ne croit pas pouvoir recommander à l'Institut de s'engager dans cette voie. Dans l'état actuel des relations internationales, l'opportunité d'un recours à la conciliation ne dépend pas seulement de circonstances propres à la nature du différend, mais tout autant de l'orientation politique des Etats Parties aux différends, de leur disposition à l'égard d'autres modes de règlement.

2° La question a également été posée par MM. François et Stone de savoir s'il ne fallait pas prévoir l'obligation de recourir à la conciliation en l'absence d'arbitrage ou de règlement judiciaire. Il convient de noter que le premier se déclare hostile à pareille obligation, tandis que M. Stone paraît au moins sceptique. Une recommandation figurait pourtant en ce sens dans la Résolution de l'Institut de 1927. Pareil engagement

figure également dans l'Acte Général pour le Règlement des litiges internationaux. Mais on peut douter de son efficacité: quelles chances une Commission a-t-elle d'aboutir à un arrangement si elle est saisie unilatéralement par une des Parties contre le gré de l'autre. Et on peut croire qu'il sera plus aisé d'amener les Etats qui n'ont pas encore fait l'essai de la conciliation internationale à en tenter l'expérience dans des cas particuliers plutôt qu'à s'engager de façon générale à y recourir.

De toute façon, si l'Institut estimait devoir renouveler la recommandation adoptée en 1927, il semblerait préférable de l'insérer dans la recommandation générale plutôt que dans le Règlement qui doit s'appliquer de façon générale à la conciliation, qu'elle ait ou non été prévue comme obligatoire dans des conventions.

3^o Nos collègues Hambro et Jessup ont suggéré que l'Institut revoie la question de la composition des commissions, M. Jessup plus spécialement en ce qui concerne la désignation des trois membres autres que ceux nommés séparément par les Parties; il suggère qu'en cas de désaccord sur ce point cette désignation soit confiée soit au Président de l'Assemblée générale des Nations Unies conformément à ce qui est prévu à l'article 6 de l'Acte Général de 1949 ou au Secrétaire général des Nations Unies. Cette suggestion a reçu partiellement satisfaction dans la référence à l'Acte Général contenue dans le projet de recommandation. — Votre rapporteur ne pense pas que cette hypothèse du désaccord pour la désignation des membres de la Commission de conciliation doive davantage retenir l'attention de l'Institut. Semblable incident ne semble pas avoir surgi dans la pratique; il paraît du reste invraisemblable, vu le désir d'entente que l'on doit supposer chez les Etats recourant à la conciliation.

* * *

Justification des dispositions proposées

Les dispositions proposées paraissent pouvoir se recommander des considérations suivantes:

Article premier

L'Institut manquerait, je pense, à sa mission tant doctrinale que pratique en ne distinguant pas par une définition précise la conciliation internationale des modes de règlement prévus dans la première Convention de La Haye du 18 octobre 1907.

J'ai noté à ce sujet avec plaisir que M. Guggenheim en avait reconnu la nécessité même à l'égard de la procédure d'enquête. Bien que celle-ci puisse comme celle-là aboutir à l'accord des Parties, tandis que la Commission de conciliation peut elle aussi procéder à une enquête et même, si elle l'estime utile, à une constatation des faits, l'objet de l'une et l'autre procédure demeure essentiellement différent: la Commission d'enquête constatera les faits tels qu'ils lui apparaissent même si elle sait devoir se heurter au désaccord de l'une des Parties, la Commission de conciliation en pareille hypothèse s'en abstiendra.

D'autre part, notre collègue M. Stone a justement fait observer que la recherche d'arrangements susceptibles d'être acceptés par les Parties à un différend entre dans la mission d'organes relevant d'organisations internationales qui ont leurs méthodes propres et auxquelles on ne pourrait songer à assimiler les commissions particulières instituées par des conventions bilatérales. Il a paru utile de préciser la chose à l'article premier.

J'ai tenu d'autre part à éliminer de la définition proposée tout ce qui écarterait de la notion de conciliation l'examen méthodique des différends portant sur des questions de droit et de

fait suivant des méthodes empruntées à l'arbitrage ou au règlement judiciaire. Mais je crois avoir fait ainsi la part suffisamment large aux observations concordantes de nos collègues van Asbeck, François et Guggenheim.

Il est proposé de rédiger l'article 1^{er} comme suit :

« On entend par conciliation, aux termes du présent Règlement, un mode de règlement des différends internationaux consistant dans le recours par les Parties au différend à une Commission constituée par elles, hors de toute organisation internationale, en vue de la recherche d'une solution susceptible de rencontrer leur accord. »

Article 2

Il semble nécessaire de revoir la disposition figurant à l'article 2 du Règlement de 1927 suivant laquelle la Commission est uniformément saisie par la requête unilatérale d'une des Parties. L'article 7 de l'Acte Général prévoit la requête bilatérale et la requête unilatérale, et de même l'article 9 de la Convention Européenne. Il paraît utile de préciser que la requête unilatérale ne peut valablement saisir la Commission que lorsque la compétence de celle-ci résulte d'accords antérieurs.

Il semble d'autre part utile d'indiquer à cet endroit l'avantage qu'il y a à voir les Parties désigner leurs agents dès ce stade initial de la procédure.

Il est proposé de rédiger l'article 2 comme suit :

« Sauf convention contraire, la Commission de conciliation est saisie du différend par la requête adressée à son Président par les Parties; la requête d'une des Parties suffit si d'avance elles ont attribué compétence à la Commission. Il est souhaitable que la requête contienne l'indication de l'agent chargé par chaque Partie de la représenter auprès de la Commission. A défaut de pareille indication, le Président sollicite cette désignation. »

Article 3

L'attribution au Président de la Commission — dans le silence des conventions — de la compétence pour la convoquer aux lieu et date fixés par lui ne semble pas pouvoir soulever de difficultés. Il paraît superflu d'indiquer qu'avant de convoquer ses collègues, le Président s'informerait de leurs convenances. Par contre il a semblé utile de rappeler aux Présidents des commissions, fût-ce par une note, les facilités que leur offre le greffe de la Cour permanente d'Arbitrage ou le Secrétariat des Nations Unies pour la tenue de leurs réunions. Mention du siège de l'Organisation des Nations Unies figure du reste à l'article 9 de l'Acte Général de 1949.

Il est proposé de rédiger l'article 3 comme suit:

« Sauf convention contraire, le Président fixe le lieu et la date des réunions de la Commission¹. »

Article 4

Le secret des délibérations a été reconnu nécessaire par l'ensemble des membres de la Commission.

M. Stone a fait observer — à juste titre semble-t-il — qu'à cet égard il semblait que la publicité ne pouvait dépendre des seules Parties, la Commission ayant le droit de s'opposer à ce qui lui paraîtrait nocif pour l'œuvre de rapprochement dont elle a la charge. Les termes, sauf convention contraire, impliquent donc ici comme dans le reste du texte, qu'un accord en sens contraire intervienne préalablement. Il a paru utile d'autre part de souligner que l'absence de publicité ne signifie pas

¹ L'attention des Présidents des commissions est attirée sur les facilités que paraissent pouvoir leur offrir pour la tenue de leurs réunions le greffe de la Cour permanente d'Arbitrage à La Haye et le Secrétariat des Nations Unies à New-York ou Genève.

seulement que les réunions se tiennent à huis clos, mais comporte un devoir de discrétion pour tous les participants.

Il est proposé de rédiger l'article 4 comme suit:

« Sauf convention contraire, la Commission siège à huis clos; les commissaires et les agents s'abstiennent de toute divulgation des communications reçues ou échangées. »

Article 5

Comment les Parties participeront-elles aux travaux de la Commission? Les réponses des membres de la Commission font apparaître l'impossibilité de donner à la question une réponse valable dans tous les cas. Elles soulignent en effet l'extrême diversité des situations devant lesquelles pourra se trouver la Commission et la nécessité de permettre à celle-ci d'apprécier quelles modalités sont les plus opportunes. Si la Commission est d'avis que le différend trouve son origine dans des informations contradictoires sur des questions de fait ou de droit, elle pourra juger indispensable de fournir l'occasion aux Parties de confronter leurs arguments et moyens de preuve dans une procédure contradictoire écrite et verbale calquée sur celle suivie en cas de règlement arbitral ou judiciaire. C'est l'hypothèse qui a principalement retenu l'attention de MM. François, van Asbeck et Guggenheim. D'autres membres de la Commission, MM. Accioly, Hambro, Jessup, Lord MacNair, MM. Julius Stone et Fernand De Visscher, à la suite de Madame Bastid, de M. Gros et de M. Wehberg, se préoccupent davantage des différends politiques où les Parties opposent leurs intérêts; la répétition de thèses bien connues de l'une et de l'autre peut apparaître comme parfaitement vaine, voire nuisible du moins sous la forme détaillée et de manière contradictoire, comme il est de règle dans les procédures contentieuses. Des contacts alternatifs avec l'agent

de l'une et l'autre des Parties pourront paraître préférables. Sans aller jusqu'à suivre M. Gros dans sa suggestion d'intégrer les agents dans l'organe de conciliation, il est clair qu'un contact étroit et répété permettra seul aux commissaires de pénétrer les mobiles, appréhension, aspirations, qui inspirent l'attitude des Etats en conflit. C'est seulement lorsque la Commission aura pu se former une idée de la nature des difficultés à résoudre, qu'elle pourra décider de la marche à suivre. Il faut même qu'elle puisse à tout moment modifier la ligne de conduite qu'elle s'est tracée initialement.

Votre rapporteur s'est efforcé de donner satisfaction dans la rédaction proposée à l'une et l'autre préoccupation. Il lui a semblé utile d'attirer l'attention des commissions sur l'entière liberté qu'en l'absence de convention contraire elles possèdent dans ce domaine.

Il est proposé de rédiger l'article 5 comme suit:

« Toute conciliation a nécessairement pour base une connaissance aussi complète que possible non seulement des prétentions des Parties et de leur argumentation mais aussi de la nature et de l'importance des intérêts engagés. La Commission, sauf convention contraire, détermine librement de quelle manière cette connaissance lui sera fournie et notamment si les agents lui adresseront des exposés écrits et dans quel ordre et s'ils seront entendus séparément ou contradictoirement. »

Article 6

L'information précise reçue par la Commission des vues qui s'opposent de part et d'autre est suivie nécessairement de l'examen du différend au sein de la Commission. Cette discussion comportera généralement d'une part la discussion des mérites des thèses en présence, d'autre part celle des sentiments ou préoccupations inspirant en l'espèce les gouvernements et leur opinion publique. Suivant le cas, l'attention se portera davantage sur le premier objet ou davantage sur le second. Il a

paru superflu de faire mention de ce dernier tant il paraît lié à la notion de conciliation.

Par contre, il semblait y avoir intérêt à indiquer comme éventualité, mais seulement comme telle, que la Commission pouvait avoir à élucider des questions de fait et de droit. Dans le premier cas, on est tout naturellement conduit à admettre la faculté pour la Commission de recourir à l'enquête. Toutes les Conventions l'admettent, y compris l'Acte Général et la Convention Européenne, de même le Règlement de l'Institut de 1927.

Mais il est renvoyé à ce sujet de façon générale aux dispositions du titre III de la Convention de La Haye de 1907. Or celui-ci prévoit expressément que la Commission d'enquête à l'issue de ses travaux « constate les faits » dans un rapport. Je n'exclus pas que la Commission de conciliation puisse se décider à procéder à pareille constatation si les renseignements ont jeté sur la question controversée une lumière telle qu'il n'y a plus place pour aucun doute, en sorte que la bonne foi commande que l'une des Parties abandonne purement et simplement ses prétentions et qu'on peut espérer qu'un arrangement intervienne en ce sens. Mais ce sera là certainement l'exception. Si quelque doute subsiste, la Commission commettrait une faute grave en traduisant en « constatation » l'interprétation des faits qui lui paraît la plus plausible. C'est ce que divers collègues, MM. Accioly, Hambro, Jessup, Lord McNair, MM. Stone et Fernand De Visscher et aussi M. Wehberg n'ont pas manqué de remarquer. Dans ces conditions, il a paru convenable de préciser que la référence à la première Convention de La Haye de 1907 ne comporte aucunement l'obligation pour les commissions de conciliation ayant procédé à une enquête d'en dégager une « constatation » des faits contestés.

De même dans le cas où le différend est de nature juridique il ne paraît pas indispensable que la discussion soit poussée

jusqu'à une prise de position des commissaires individuels ou collectivement à l'égard des thèses en présence. Il suffit qu'ils se forment une idée claire des arguments pour et contre.

Il est proposé de rédiger l'article 6 comme suit:

« Si la Commission estime que le différend est causé par une divergence de vues des Parties sur une question de fait ou de droit, elle procède à un examen impartial des thèses en présence. Dans le premier cas elle peut, sauf convention contraire, procéder à la consultation d'experts, à des visites de lieux, à l'interrogation de témoins; les dispositions du titre III de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 sont applicables aux enquêtes de la Commission à l'exception de l'article 35 suivant lequel il y a lieu pour l'organe enquêteur à dégager les conclusions de l'enquête sous forme de constatation des faits, pareille constatation n'entrant pas normalement dans la mission de la Commission de conciliation. De même l'examen des questions juridiques ne doit pas nécessairement être conduit jusqu'à un vote des commissaires sur les thèses en présence. »

Article 7

Quelle forme doit revêtir la conclusion des travaux de la Commission? Le Règlement de l'Institut de 1927 prévoyait l'élaboration d'un « rapport, contenant, le cas échéant, les termes de l'arrangement proposé, et communiqué aux Parties... » L'Acte Général prévoit comme facultatif en son article 15 l'exposé aux Parties des « termes de l'arrangement qui lui paraîtrait convenable ». Ainsi, tandis que suivant l'Institut la Commission devait de toute façon faire aux Parties une proposition, la rédaction des termes d'un arrangement ne paraissant requise que si la proposition de la Commission était d'une nature complexe nécessitant pareille précision, l'Acte Général semble confondre proposition et termes d'arrangement et laisser à la Commission toute latitude de clôturer ses travaux par un procès-verbal de carence si elle ne voit pas la possibilité de formuler des propositions ayant des chances d'acceptation.

Le même texte se retrouve à l'article 15 de la Convention Européenne. Votre rapporteur croit cette disposition malencontreuse et de nature à inciter les membres de la Commission à se laisser trop aisément rebuter par les difficultés. Il semble que même si l'attitude des Parties ou de l'une d'entre elles ne laisse guère d'espoir de les voir souscrire à ce que la majorité de la commission estimerait raisonnable, celle-ci ait le devoir de traduire sa manière de voir en un texte précis. Même repoussé, il pourra dans la suite avoir certain effet sur les négociations et peut-être marquer la voie dans laquelle un accord sera ultérieurement réalisé.

Si tel est l'objet essentiel de l'article 7 du projet, celui-ci laisse par contre à l'appréciation de la Commission la question de savoir si les propositions seront ou non remises aux Parties par écrit. De nombreux collègues ont exprimé l'avis que certaines commissions avaient surestimé l'inconvénient de l'écrit qui pratiquement s'impose pour peu que les propositions aient un certain volume ou comportent des points requérant une certaine précision. A la réflexion, votre rapporteur se range à leur manière de voir.

Quant aux motifs qui auront incité la Commission à formuler ses propositions, il semble que de même il doive être permis à la Commission d'en décider la communication aux Parties par écrit. Il s'agit en effet essentiellement en l'espèce de l'argumentation par laquelle la Commission espère obtenir l'adhésion des Parties aux termes de l'arrangement proposé. Il importe dès lors que cette argumentation soit fidèlement rapportée par les agents à leurs gouvernements. D'autre part, les membres de la Commission peuvent avoir attaché à ce rapport une importance telle qu'ils n'ont pu en laisser la rédaction au seul Président et ont tenu à en délibérer. Dès lors que le texte écrit existe, il apparaît comme accessoire qu'il soit remis aux agents ou qu'il leur en soit donné lecture.

Il est proposé de rédiger l'article 7 comme suit:

« Sauf convention contraire, la Commission fait connaître aux agents verbalement ou par écrit à l'issue de ses travaux les termes d'un projet d'arrangement qu'elle croit pouvoir recommander à l'acceptation de leurs gouvernements avec invitation de se prononcer dans un délai déterminé. Elle peut, si elle le juge utile, accompagner sa proposition d'un rapport verbal ou écrit indiquant les raisons qui lui paraissent militer en faveur de cette acceptation. »

Article 8

La disposition relative à la consignation d'un accord survenant sur les termes d'un arrangement proposé par la Commission figurait dans le Règlement de 1927. On la trouve également dans la plupart des conventions dont l'Acte Général. Il a paru toutefois utile d'y ajouter une disposition précise quant aux effets juridiques d'un procès-verbal d'accord. Il a semblé à votre rapporteur qu'on pouvait lui accorder la valeur d'une convention — dispensée de ratification, la convention de conciliation ratifiée suivant la procédure constitutionnelle de chaque Etat devant être comprise comme contenant délégation à marquer pareil consentement. On pourrait même se demander s'il n'y a pas lieu de prévoir l'enregistrement de l'arrangement et sa publication dans le Recueil des Traités. Votre rapporteur a toutefois renoncé à proposer l'insertion d'une disposition en ce sens; il lui a paru en effet que la question n'était pas susceptible d'une solution générale, et que celle-ci pouvait en être laissée aux Parties et au Secrétaire général des Nations Unies.

Il est proposé de rédiger l'article 8 comme suit:

« Sauf convention contraire, si les Parties acceptent l'arrangement proposé, le Président en dresse procès-verbal, et ledit procès-verbal reproduisant les termes de l'arrangement signé par le Président et par les agents des Parties vaut convention; une expédition signée du Président est remise aux Parties. »

Article 9

De même est repris au Règlement de l'Institut de 1927 et aux conventions sur la matière l'essentiel de la disposition prévoyant la consignation du rejet des termes d'arrangement. Votre rapporteur estime pourtant qu'il y a lieu d'assouplir cette disposition en prévoyant la possibilité de ne pas entériner l'échec comme final, s'il apparaît au Président comme suite à l'examen des réponses que les efforts pourraient être utilement poursuivis ou repris par la Commission et si les agents des Parties expriment un avis concordant.

Il est proposé de rédiger l'article 9 comme suit:

« Sauf convention contraire, si les Parties ou l'une d'entre elles n'ont pas accepté l'arrangement, le Président constatera dans un procès-verbal que les Parties n'ont pu être conciliées à moins que les agents des Parties et lui-même estiment y avoir lieu pour la Commission de reprendre ses travaux et d'amender ses propositions initiales. »

Article 10

Cet article reproduit en substance l'article 13 de l'Acte Général de 1949. M. Guggenheim s'est demandé s'il ne convenait pas de prévoir qu'il ne sera pas donné connaissance des avis dissidents. Votre rapporteur estime que cela découle de la règle inscrite dans cet article.

Il est proposé de rédiger l'article 10 comme suit:

« Sauf convention contraire, les décisions de la Commission de conciliation seront prises à la majorité des voix, sans qu'il soit fait mention du nombre de voix recueilli. La Commission ne peut formuler des termes d'arrangement que si tous les membres sont présents. »

Article 11

Cet article est relatif aux dépens. Le principe de la répartition par parts égales est inscrit à l'article 17 de l'Acte

Général; il découle manifestement de la nature propre à cette procédure.

Par contre, votre Commission n'a pas cru devoir reproduire la disposition prévoyant que les commissaires recevront une indemnité pendant la durée des travaux, ce qui paraît en proportionner le montant à la durée des réunions, mode de rémunération dont les inconvénients sautent aux yeux.

Il est proposé de rédiger l'article 11 comme suit:

« Sauf convention contraire, les dépens relatifs à la conciliation, en ce compris les honoraires des commissaires, sont supportés par les Parties par parts égales. »

Article 12

Il s'agit là de l'usage, notamment de la publication, que les Parties peuvent faire des documents échangés ou de ceux émanant de la Commission après clôture de ses travaux.

Il semble qu'il y ait lieu de faire à ce sujet certaines distinctions entre la publication du procès-verbal final notant soit l'arrangement intervenu, soit l'échec de la conciliation. Le droit pour chaque Partie de faire usage des résultats de la procédure tentée paraît incontestable. L'effet juridique qui s'attache à un arrangement rend en effet indispensable qu'il puisse en être fait état par celle des Parties qui l'a obtenu si une question quelconque est posée au gouvernement à ce sujet ou surgit soit sur le plan national, soit sur le plan international.

Il n'en va pas autrement, semble-t-il, d'un procès-verbal constatant l'échec de la conciliation. La décision de recourir à cette procédure ayant été très généralement connue du public, il serait incompréhensible qu'il soit tenu dans l'ignorance de sa conclusion. Dans beaucoup de pays du reste le règlement de la part des frais de la conciliation incombant à l'Etat ne pourra avoir lieu sans approbation du parlement et donc sans indication de l'objet de la dépense.

De même il serait inadmissible qu'une Partie se voie interdire de se servir de procès-verbaux d'interrogatoires de témoins ou de constats auxquels la Commission aurait procédé contradictoirement. Ce sont là des éléments de preuve qui appartiennent aux Parties. On ne concevrait pas qu'il leur soit imposé de les doubler par de nouveaux interrogatoires, de nouveaux constats qui seraient répétés hors de la présence des membres de la Commission, ou qu'à défaut de pareille précaution ils soient exposés au risque de perte de ce moyen de preuve par suite de la disparition de certains témoins ou de certains objets.

Tout autre est la situation en ce qui concerne les documents échangés, tel le rapport de la Commission, même dans le cas où on aboutit à un accord, car une Partie peut être disposée à accepter les termes d'un engagement et non, au moins officiellement, les principes exposés par la Commission, dont elle peut redouter d'autres applications. *A fortiori* en est-il ainsi en cas d'échec de la conciliation; des concessions, des propositions peuvent avoir été faites en vue de la recherche d'un arrangement qu'on ne désire pas voir rappeler après l'échec. Quant au rapport de la Commission non suivi de conciliation sa publication ou son utilisation paraissent contraires à l'esprit de la conciliation en tant qu'elle peut faire apparaître sous un jour défavorable le rejet de la proposition d'arrangement par une des Parties et créer à son détriment un préjugé alors que l'échec de la conciliation ne peut en principe affecter la situation des Parties.

Ceci, bien entendu, n'enlève rien à l'intérêt qu'il y aurait à voir le monde scientifique profiter le plus souvent possible de pareilles publications. Sans qu'il puisse être question en pareille matière de la formation d'une véritable jurisprudence — l'observation présentée à ce sujet par MM. Stone et Wehberg est sans aucun doute fondée — il ne paraît pas douteux que la lecture

des rapports relatifs à d'autres affaires serait pour les commissions de conciliation riche en enseignements.

Il est proposé de rédiger l'article 12 comme suit :

« Sauf convention contraire, les documents échangés et produits au cours de la procédure de conciliation ne peuvent être utilisés ou publiés après clôture de cette procédure que du commun accord des Parties à la seule exception du procès-verbal final constatant l'arrangement ou l'absence de conciliation, ainsi que des procès-verbaux d'interrogatoires de témoins ou de constats dont une expédition aura été remise aux agents conformément aux dispositions du titre III de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907. »

Article 13

Les considérations qui précèdent suffiraient à rendre désirable la conservation des originaux des procès-verbaux ou rapports émanant des commissions de conciliation. Ajoutons que surtout dans les cas où la conciliation a abouti à un arrangement la prudence commande d'éviter la disparition des travaux préparatoires dont la consultation peut être rendue souhaitable par des difficultés d'interprétation. On ne pourrait donc sans inconvénient s'en remettre aux Présidents de chaque Commission de conciliation pour le choix du lieu de dépôt des archives en sa possession. Si le Greffier de la Cour permanente d'Arbitrage n'y a pas d'objection — il sera aisé de s'en assurer — il semble que ses bureaux soient particulièrement désignés pour recueillir pareille documentation.

Il est proposé de rédiger l'article 13 comme suit :

« Il est souhaitable qu'à la clôture des travaux le Président de la Commission ne demeure pas détenteur de l'original des communications reçues par lui en cette qualité, non plus que des procès-verbaux de la Commission. Il est conseillé d'en effectuer le dépôt au greffe de la Cour permanente d'Arbitrage à La Haye. »

(Bruxelles, le 9 janvier 1959.)

Avant-projet de Résolution

L'Institut de Droit international,

Considérant que la nécessité est unanimement reconnue de chercher par des voies pacifiques le règlement des différends internationaux,

Que néanmoins un certain nombre de différends sont demeurés sans solution au cours des dernières années, les Parties, ou l'une d'entre elles ayant estimé ne pouvoir consentir à un règlement arbitral ou judiciaire,

Estimant que pareil état de choses est préjudiciable à l'atmosphère internationale,

Revu sa Résolution du 2 septembre 1927,

Attire l'attention des gouvernements sur l'intérêt que présenterait en de nombreux cas le recours à la procédure de conciliation, qui réserve entièrement aux Parties la décision finale, mais augmente les chances d'accord grâce au concours dévoué d'un petit nombre d'hommes de bonne volonté,

Recommande qu'en vue de faciliter pareil recours les Etats procèdent à la constitution de commissions permanentes bilatérales de conciliation de la manière prévue à l'Acte Général de 1928-1949, même lorsqu'ils ne sont pas disposés à prendre quelque engagement à ce sujet,

Souligne que les Parties à un différend désireuses de recourir à cette procédure ont loisir d'en fixer les modalités suivant leurs convenances particulières,

mais recommande qu'en cas de silence de l'accord en vertu duquel un différend est soumis à la conciliation, les conciliateurs et les agents des Parties se conforment au Règlement de la procédure de conciliation ci-annexé, que l'Institut déclare substituer à celui adopté par lui le 2 septembre 1927 à sa session de Lausanne.

(9 janvier 1959.)

Avant-Projet de Règlement de la procédure de conciliation

Article premier

On entend par conciliation, aux termes du présent Règlement, un mode de règlement des différends internationaux consistant dans le recours par les Parties au différend à une Commission constituée par elles, hors de toute organisation internationale, en vue de la recherche d'une solution susceptible de rencontrer leur accord.

Article 2

Sauf convention contraire, la Commission de conciliation est saisie du différend par la requête adressée à son Président par les Parties; la requête d'une des Parties suffit si d'avance elles ont attribué compétence à la Commission. Il est souhaitable que la requête contienne l'indication de l'agent chargé par chaque Partie de la représenter auprès de la Commission. A défaut de pareille indication, le Président sollicite cette désignation.

Article 3

Sauf convention contraire, le Président fixe le lieu et la date des réunions de la Commission ¹.

¹ L'attention des Présidents des commissions est attirée sur les facilités que paraissent pouvoir leur offrir pour la tenue de leurs réunions le greffe de la Cour permanente d'Arbitrage à La Haye et le Secrétariat des Nations Unies à New-York ou Genève.

Article 4

Sauf convention contraire, la Commission siège à huis clos; les commissaires et les agents s'abstiennent de toute divulgation des communications reçues ou échangées.

Article 5

Toute conciliation a nécessairement pour base une connaissance aussi complète que possible non seulement des prétentions des Parties et de leur argumentation mais aussi de la nature et de l'importance des intérêts engagés. La Commission, sauf convention contraire, détermine librement de quelle manière cette connaissance lui sera fournie et notamment si les agents lui adresseront des exposés écrits et dans quel ordre et s'ils seront entendus séparément ou contradictoirement.

Article 6

Si la Commission estime que le différend est causé par une divergence de vues des Parties sur une question de fait ou de droit, elle procède à un examen impartial des thèses en présence. Dans le premier cas, elle peut, sauf convention contraire, procéder à la consultation d'experts, à des visites de lieux, à l'interrogation de témoins; les dispositions du titre III de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 sont applicables aux enquêtes de la Commission à l'exception de l'article 35 suivant lequel il y a lieu pour l'organe enquêteur à dégager les conclusions de l'enquête sous forme de constatation des faits, pareille constatation n'entrant pas normalement dans la mission de la Commission de conciliation. De même l'examen des questions juridiques ne doit pas nécessairement être conduit jusqu'à un vote des commissaires sur les thèses en présence.

Article 7

Sauf convention contraire, la Commission fait connaître aux agents verbalement ou par écrit à l'issue de ses travaux les termes d'un projet d'arrangement qu'elle croit pouvoir recommander à l'acceptation de leurs gouvernements avec invitation de se prononcer dans un délai déterminé. Elle peut, si elle le juge utile, accompagner sa proposition d'un rapport verbal ou écrit indiquant les raisons qui lui paraissent militer en faveur de cette acceptation.

Article 8

Sauf convention contraire, si les Parties acceptent l'arrangement proposé, le Président en dresse procès-verbal, et ledit procès-verbal reproduisant les termes de l'arrangement signé par le Président et par les agents des Parties vaut convention; une expédition signée du Président est remise aux Parties.

Article 9

Sauf convention contraire, si les Parties ou l'une d'entre elles n'ont pas accepté l'arrangement, le Président constatera dans un procès-verbal que les Parties n'ont pu être conciliées à moins que les agents des Parties et lui-même estiment y avoir lieu pour la Commission de reprendre ses travaux et d'amender ses propositions initiales.

Article 10

Sauf convention contraire, les décisions de la Commission de conciliation seront prises à la majorité des voix, sans qu'il soit fait mention du nombre de voix recueilli. La Commission ne peut formuler des termes d'arrangement que si tous les membres sont présents.

Article 11

Sauf convention contraire, les dépens relatifs à la conciliation, en ce compris les honoraires des commissaires, sont supportés par les Parties par parts égales.

Article 12

Sauf convention contraire, les documents échangés et produits au cours de la procédure de conciliation ne peuvent être utilisés ou publiés après clôture de cette procédure que du commun accord des Parties à la seule exception du procès-verbal final constatant l'arrangement ou l'absence de conciliation, ainsi que des procès-verbaux d'interrogatoires de témoins ou de constats dont une expédition aura été remise aux agents conformément aux dispositions du titre III de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907.

Article 13

Il est souhaitable qu'à la clôture des travaux le Président de la Commission ne demeure pas détenteur de l'original des communications reçues par lui en cette qualité, non plus que des procès-verbaux de la Commission. Il est conseillé d'en effectuer le dépôt au greffe de la Cour permanente d'Arbitrage à La Haye.

(9 janvier 1959.)

Annexe I

Exposé préliminaire

présenté par

M. Henri Rolin

Il y a une bonne trentaine d'années déjà que la conciliation internationale fit l'objet de la part de l'Institut d'une Résolution adoptée sur rapport du comte Rostworowski. Pour la facilité de nos collègues, nous en joignons le texte au présent exposé préliminaire.

Un mode nouveau de règlement pacifique des litiges internationaux avait fait son apparition dans de nombreux traités depuis la première guerre mondiale. L'Institut avait estimé ne pas pouvoir attendre pour le reconnaître d'avoir mené à bonne fin le Code de Procédure Internationale dont à la même session de 1927 il avait décidé l'élaboration et il avait tenu à arrêter, sous forme de Règlement, les termes d'une sorte de statut modèle, directement inspiré des dispositions conventionnelles en vigueur.

Bien que ses propositions aient été incorporées depuis pour la plupart dans l'Acte Général pour le règlement des différends internationaux conclu en 1928, renouvelé en 1949 et dans de nombreux nouveaux traités bilatéraux et qu'elles aient donc conservé toute leur actualité, c'est un fait qu'au moment de leur élaboration la conciliation n'avait guère été expérimentée, d'où le caractère plutôt théorique de la Résolution.

La situation est aujourd'hui changée. A de nombreuses reprises depuis dix ans les gouvernements ont cherché dans la conciliation — le plus souvent avec succès — la solution des différends qui existaient entre eux. On peut d'autre part espérer que dans les années à venir le nouveau mode de règlement voie s'étendre le champ de son application, à savoir aux relations Est-Ouest. L'Union Interparlementaire n'a pas hésité à son congrès d'Helsinki en 1955 d'émettre à l'unanimité une recommandation en ce sens (voir annexe).

Il paraît indiqué dès lors que l'Institut favorise cette évolution en mettant en lumière les services variés que l'on peut demander à la conciliation en même temps que les incertitudes ou les obstacles auxquels les conciliateurs risquent de se heurter et qu'il y a intérêt à écarter préalablement lorsqu'on décide d'avoir recours à cette procédure. L'expérience que plusieurs de nos collègues ont acquise du rôle de conciliateur et les études qui ont paru à ce sujet¹ permettent à notre Commission² d'aborder avec confiance le travail qui lui a été confié.

* * *

¹ Voir notamment : *Suzanne Bastid*, La Commission de conciliation franco-siamoise, Etudes en l'honneur de Georges Scelle, Paris 1950, I, pp. 1-20; *Henri Rolin*, Une conciliation belgo-danoise, Revue Générale de Droit International Public, 1953, pp. 353-371; *F. M. van Asbeck*, Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht, 1956, pp. 1-9, 209-219; *Suzanne Bastid*, La Commission de conciliation franco-suisse, Annuaire français de Droit International, 1956, pp. 436-440; *André Gros*, Remarques sur la conciliation internationale. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre, Paris 1956, pp. 279-283; *Henri Rolin*, L'heure de la conciliation comme mode de règlement pacifique des litiges, Annuaire Européen III, 1957, pp. 3-21.

² La trentième Commission est ainsi constituée: M. Rolin (rapporteur); MM. Accioly, Ago, baron van Asbeck, M^{me} Bastid, MM. Gidel, Guggenheim, Hambro, Jessup, Lord McNair, MM. Sørensen, Stone, Fernand De Visscher.

Je me propose d'examiner successivement dans cet exposé préliminaire:

- I^o les tâches des commissions de conciliation;
- II^o la procédure à suivre en cas d'enquête;
- III^o la forme que les commissions doivent donner à leurs conclusions;
- IV^o la publicité.

I. — Les tâches des commissions de conciliation

Dans les intéressantes remarques qu'il a formulées au sujet de la conciliation internationale, le professeur André Gros observe à juste titre que la conciliation n'est pas à proprement parler une instance, mais un préliminaire à une instance. « C'est, dit-il, une reprise de négociations entre les deux Etats; ce qu'ils n'ont pu régler par la voie diplomatique, ils vont tenter de le faire par la conciliation. » Ceci l'amène à recommander:

- 1^o que la Commission se débarrasse du formalisme du procès où par écrit d'abord, verbalement ensuite, chaque Partie expose ses demandes ou moyens de défense;
- 2^o que la Commission prépare ses questions et demandes d'éclaircissements;
- 3^o que cette première phase terminée elle établisse un véritable « dialogue » entre les agents et la Commission.

Personnellement, je suis tout disposé à admettre que telle peut être en effet *dans certains cas* la meilleure façon de procéder. Lorsqu'il y a simple conflit d'intérêts sans que les Parties se contestent un droit, la tâche des conciliateurs ne sera pas d'élucider des points de fait et de droit mais d'explorer les désirs ou besoins réels des Parties en présence, de rechercher les points de rencontre ou les compensations possibles. En pareil cas il

sera peut-être indiqué de s'écarter nettement de la procédure contentieuse, d'éviter la répétition écrite et verbale des thèses professées publiquement, de voir les agents séparément, de provoquer de leur part des confessions, voire des confidences peut-être en utilisant à cette fin comme intermédiaire auprès de chaque Partie le membre de la Commission désigné par elle.

Mais à mon sens le service que les Parties attendent de la Commission est le plus souvent de nature différente. Le litige qui a surgi entre elles provient moins de l'opposition des intérêts que de la divergence existant entre les renseignements que l'une et l'autre ont reçus relativement à certains faits, ou entre les avis qui leur sont donnés sur certains points de droit. L'obstacle à un règlement arbitral ou judiciaire peut provenir aussi du fait que l'une des Parties au moins estime ne pouvoir s'exposer au risque d'un jugement défavorable d'un groupe de personnes dont l'impartialité ne lui inspire qu'une confiance relative.

Ce que les Parties demandent dans ces cas-là aux conciliateurs, c'est de les éclairer, de compléter leur information unilatérale sur les faits de la cause par les données d'une instruction contradictoire, d'exposer objectivement le pour et le contre des thèses juridiques qui s'affrontent, et sur la base de ces indications de leur proposer une transaction raisonnable — Processus tout différent, on le constatera, de celui qui est suivi dans la conciliation décrite par M. Gros: cette fois il ne s'agit plus d'une opération essentiellement psychologique; dans les avis qu'ils donnent aux Parties les conciliateurs s'inspirent beaucoup moins des buts qu'elles ont poursuivis, des préoccupations qu'elles ont fait apparaître dans leurs déclarations publiques ou secrètes, que du mérite relatif des thèses en présence.

Dans ces cas-ci, sans doute les plus fréquents, il paraît désirable, sinon indispensable, que la Commission commence par recevoir des Parties elles-mêmes des indications complètes non seulement quant à l'objet de leurs demandes et des intérêts en

cause de part et d'autre, mais encore quant aux circonstances de fait et aux moyens de droit dans lesquels l'une et l'autre croient trouver une justification de la position adoptée par elles. On est alors tout naturellement amené à prévoir dans une première phase l'alternance d'écrits et les débats contradictoires qui sont de mise en matière de règlement arbitral ou judiciaire. Mais ceci fait, les deux procédures divergent nécessairement. En effet, contrairement aux juges ou aux arbitres, les conciliateurs chargés d'élucider un litige n'ont pas en principe à se prononcer pour ou contre les thèses en présence. Pareil avis collectif, même à titre consultatif, risquerait en effet de mettre fin à l'action conciliatrice qui clôturerait par un échec, puisque à toute évidence une des Parties ne serait plus disposée à renoncer aux droits qu'éventuellement la Commission lui aurait reconnus, tandis que l'autre éprouverait des répugnances à renoncer à la totalité de ses prétentions sur simple avis. La Commission de conciliation doit donc se limiter dans son examen à une analyse objective du litige, ou rappel des dépositions ou constatations recueillies au cours de l'enquête au sujet des faits contestés, à l'exposé des questions de droit débattues avec mention des arguments et des autorités sur lesquelles chacune des thèses peut s'appuyer, ainsi que des objections ou obstacles auxquels elles se heurtent. Sans doute ce travail conduira-t-il les conciliateurs à des conclusions plus ou moins favorables à l'une ou l'autre des thèses en présence. Mais aucun d'eux ne sera tenu de se prononcer pour ou contre chacune d'elles et de toute façon la Commission s'abstiendra de prendre attitude.

Une fois l'affaire ainsi « élucidée », la Commission de conciliation aborde la deuxième partie de sa tâche, à savoir la conciliation proprement dite comportant le plus souvent l'élaboration de la solution transactionnelle recommandée aux Parties. Celle-ci ne s'identifiera généralement pas avec la solution pour laquelle la majorité des membres se fût vraisemblablement

prononcée s'ils avaient eu des responsabilités de juges ou d'arbitres; elle tiendra compte des divergences d'avis qui se sont manifestées au cours du délibéré, du degré d'hésitation qui aura marqué certaines opinions, en un mot des chances de succès et des risques d'échec de chaque Partie en cas de procès. En somme la Commission de conciliation se trouve le plus souvent, ainsi que je l'ai exprimé ailleurs, dans la position d'un avocat consulté par un client sur l'opportunité d'intenter un procès, ou de l'éviter par une transaction. Un avocat sérieux conseille presque toujours la transaction, mais les modalités de celle-ci varient suivant que le procès envisagé apparaît ou non comme « un bon procès ».

Dans quelle mesure tout ceci peut-il être utilement exprimé par l'Institut de Droit international? Les membres de la Commission sont priés de donner leur avis à ce sujet.

Pour leur faciliter la tâche, je joins en annexe au présent exposé préliminaire les textes des dispositions de l'Acte Général et de l'Acte Général Européen relatives à la conciliation et le texte de certains amendements qu'avait proposés la Commission des Affaires juridiques au projet d'Acte Général Européen et dont la plupart furent écartés par le Comité des Ministres.

II. — La procédure à suivre en cas d'enquête

Il semble inévitable que les commissions de conciliation soient amenées parfois à entendre des témoins, c'est-à-dire à procéder à des enquêtes et la question se pose dès lors de savoir suivant quelles règles celles-ci doivent être menées.

Le Règlement de l'Institut adopté par l'Institut le 2 septembre 1927 contient à ce sujet la disposition suivante :

« VI. — La Commission est libre de régler elle-même la procédure en tenant compte, à fin d'enquête, des dispositions du Titre III de la Convention de La Haye de 1907. »

Dans le même sens et de façon plus formelle, l'Acte Général stipule en son article 11, et la plupart des conventions bilatérales contiennent des dispositions analogues:

« en matière d'enquête, la Commission, si elle n'en décide autrement à l'unanimité, se conformera aux dispositions du titre III de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux. »

Or la Convention de La Haye contient notamment au sujet des enquêtes un article 28 ainsi libellé:

« Procès-verbal de la déposition du témoin est dressé séance tenante et lecture en est donnée au témoin. »

On imagine difficilement à première vue comment cette dernière disposition est conciliable avec celle qui figure à l'article 15, par. 2, de l'Acte Général suivant laquelle, à l'issue des travaux de la Commission, celle-ci

« dressera un procès-verbal constatant, suivant le cas, soit que les Parties se sont arrangées et, s'il y a lieu, les conditions de l'arrangement, soit que les Parties n'ont pu être conciliées... »

En effet, un procès-verbal est par sa nature destiné à faire foi de ce qu'il énonce; s'il y a procès-verbal des auditions de témoins il semble devoir être communiqué en copies aux Parties. Or l'Acte Général semble exiger par son article 15 qu'en cas d'échec de la conciliation, les Parties n'aient en main que le procès-verbal constatant que la conciliation a été recherchée et qu'elle n'a pas abouti.

Ceci paraît faire obstacle à l'établissement des procès-verbaux d'interrogatoire. Le moins qu'on puisse dire est que le rapprochement de ces textes crée un doute et qu'il y a intérêt à le dissiper.

A mon avis, il doit l'être au profit du Règlement de La Haye.

Voyons d'abord la raison d'être de la disposition de l'Acte Général relative au procès-verbal de clôture.

Suivant certaine opinion, cette disposition est inspirée par le souci de faire en sorte qu'en cas d'échec de la conciliation la situation des Parties n'ait en rien été modifiée, qu'elle s'avère intacte; l'article devrait donc être interprété en ce sens qu'en cas d'échec de la conciliation, rien de ce qui s'y est passé ne peut être invoqué ultérieurement, aucune preuve ne peut en demeurer en possession des Parties.

Suivant une autre opinion, l'article 15 a seulement pour objet d'éviter qu'il puisse être fait état de la proposition transactionnelle élaborée par la Commission comme dénotant une tendance favorable à l'une des Parties plutôt qu'à l'autre; on veut éviter qu'une instance arbitrale ou judiciaire ultérieure puisse être influencée par l'opinion même implicite de la Commission. Si cette deuxième opinion est, comme je le pense, exacte, il n'y a pas lieu de déduire de ce texte l'interdiction de tenir ou remettre aux Parties des procès-verbaux d'interrogatoires ou de constatations matérielles.

Constatons au surplus que les conséquences de pareille interdiction seraient profondément iniques. Supposons en effet que des témoins entendus au cours de la conciliation décèdent, que des objets matériels décrits dans un constat soient détruits au lendemain de l'échec de la conciliation; celle des Parties qui eût pu tirer argument des preuves recueillies devant une juridiction ne pourrait plus ni s'en servir, ni les reproduire et se trouverait victime de la conciliation. Il y a plus: au cas où un tel accident survient en cours de procédure, il suffirait à en provoquer l'échec, si l'une des Parties se trouvait de ce chef débarrassée d'une preuve décisive qui lui était défavorable à l'abri des éléments de preuve défavorables. Comment en effet consentirait-elle encore dans ces conditions à se prêter à une transaction?

Reconnaissons cependant que le secret que l'on prétendrait conserver aux procès-verbaux d'une enquête serait vraisemblable-

blement inefficace, car les réponses données aux interrogatoires et constatations effectuées sont connues des agents et conseils des Parties, qui assistent à la procédure. Rien n'empêcherait donc celles-ci de produire des sténographies, voire peut-être des enregistrements, ou de citer comme témoins les interprètes, sténographes, ou même des membres de la Commission. Le seul résultat pratique de pareille règle serait donc de substituer à une preuve directe des preuves indirectes de valeur inférieure.

C'est pour ces motifs et en vue d'éviter toute équivoque, que la Commission juridique du Conseil de l'Europe avait recommandé l'insertion à l'article 15 d'une disposition expresse stipulant que conformément à la procédure prévue à la Convention de La Haye, il sera tenu procès-verbal des interrogatoires ou autres mesures d'instruction et que copie en serait remise aux Parties (voir Annexe). Cet amendement ne fut toutefois pas retenu par le Comité des Ministres.

III. — Du rapport et des procès-verbaux dressés en cours de procédure

Un point paraît acquis: si la conciliation échoue, il n'y a pas lieu de consigner dans le procès-verbal final ni dans un autre document officiel les termes du règlement que la Commission a pu être amenée à proposer aux Parties.

Mais la question se pose de savoir s'il en résulte que — indépendamment des procès-verbaux d'interrogatoires ou de constats — aucune autre communication faite par la Commission aux agents des Parties ne peut être faite par écrit et être conservée par eux soit que la conciliation aboutisse, soit qu'elle n'aboutisse pas.

Certes, il paraît indiqué qu'il en soit ainsi dans la conciliation sondage. Il y aurait par contre de sérieux inconvénients à imposer la même voie orale dans le cas de la conciliation

objective. Tout d'abord je relève que dans le cas d'enquête la Convention de La Haye pour le règlement des conflits internationaux, prévoit en ses articles 33 à 35 qu'indépendamment des procès-verbaux d'interrogatoires la Commission d'enquête établit *un rapport* dans lequel elle procède à la constatation des faits tels qu'ils résultent de l'enquête. Je vois bien à vrai dire l'objection à laquelle se heurterait le transfert dans la procédure de conciliation du rapport tel qu'il est prévu dans la Convention de La Haye pour la Commission d'enquête: « constater les faits » après avoir recueilli les témoignages, c'est émettre un avis sur leur valeur respective, c'est dans de nombreux cas imposer la solution finale — ce qui n'est pas dans l'esprit de la conciliation.

J'estime par contre qu'il y aurait toute utilité à permettre aux commissions de consigner par écrit l'exposé objectif dont j'ai fait mention au premier paragraphe et qui me paraît devoir clôturer l'élucidation des faits. Il ne s'agit, je le rappelle, que d'une description, une analyse du différend tel qu'il apparaît à la Commission après l'audition des Parties, l'examen des preuves, l'échange de vues auquel ses membres ont procédé. Ce serait en somme quelque chose d'analogue au résumé de l'affaire par lequel le président des assises termine l'instruction à laquelle il a été procédé devant le jury des assises avant que celui-ci ne se retire pour délibérer.

Mais s'il est admis qu'un tel exposé doit souvent servir de base à la conciliation, on ne voit pas bien pourquoi il ne pourrait pas être consigné par écrit. Car c'est au nom de la Commission que le Président présente l'exposé de l'affaire; or comment être assuré de l'accord des cinq conciliateurs sur un rapport qui serait purement verbal. D'autre part, si un écrit est établi et cela paraît inévitable, les agents des Parties estimeront naturel que copie leur en soit remise, plutôt que de les astreindre à se fier aux notes qu'ils auraient prises au cours d'une audi-

tion. Il importe en effet que les gouvernements soient exactement informés sur les divers aspects du litige tel qu'il a apparu aux conciliateurs au moment où ils arrêtaient les termes du règlement transactionnel proposé à leur acceptation.

Par contre, c'est à bon droit qu'aucun écrit reproduisant les termes de règlement n'est remis aux Parties. A mon avis, il doit en aller de même des commentaires dont le Président aura accompagné leur présentation soit en s'adressant aux agents réunis, soit de façon séparée à chacun d'entre eux en vue d'en recommander l'adoption.

En sens contraire, la Résolution adoptée par l'Institut en 1927 prévoyait expressément en son paragraphe V l'établissement, indépendamment du procès-verbal final, d'un rapport contenant le cas échéant les termes de l'arrangement proposé et qui devait être confidentiellement communiqué aux Parties. Je ne crois pas que l'Institut doive conserver cette notion d'écrit confidentiel et suggère donc que le « rapport » se limite à l'analyse objective du différend. Peut-être serait-il utile d'autre part pour conserver à la procédure de conciliation toute sa souplesse de stipuler expressément qu'une fois la phase de conciliation proprement dite commencée, il ne pourrait être dressé aucun procès-verbal des admissions, reconnaissances, ou offres émanant des Parties.

IV. — La publicité

Que la procédure de conciliation doive nécessairement se dérouler à huis clos, cela ne me paraît pas douteux, encore que la décision sur ce point soit laissée généralement à la Commission elle-même; la publicité des propos échangés entraînerait fatalement dans les opinions publiques des réactions prématurées ou excessives de nature à rendre la conciliation impossible. Le huis-clos a pour corollaire le devoir de discrétion

tout au moins pendant la durée de la procédure tant de la part des conciliateurs que des agents ou conseils des Parties et des gouvernements.

Mais qu'en est-il du procès-verbal final — spécialement de celui qui énoncerait les termes de la transaction en cas d'acceptation de la proposition et qu'en est-il du rapport, si tant est qu'il en a été établi un ?

Le Règlement de l'Institut faisait dépendre la publication du rapport d'une décision de la Commission prise de l'accord des Parties. Ainsi même cet accord n'aurait pas suffi en cas de veto de la Commission. Cela paraît excessif; l'Acte Général et la plupart des conventions bilatérales contiennent à cet égard la disposition plus modeste contenue dans l'article 16 aux termes duquel:

« Il appartiendra aux Parties d'en décider la publication. »

Suivant cette recommandation, la Commission elle-même ne peut sans l'accord des Parties procéder à aucune publication ni diffusion quelconque, mais les Parties n'ont pas à solliciter sur ce point l'accord de la Commission. Il paraît naturel qu'il en soit ainsi, puisque la Commission n'est qu'un organisme au service des Parties.

D'autre part le texte précité semble impliquer que chacune des Parties est libre de décider la publication sans l'accord de l'autre. L'article 16 de la Convention Européenne a en ce cas une portée différente, car on y lit:

« Le procès-verbal de la Commission sera porté sans délai à la connaissance des Parties. Sa publication ne pourra avoir lieu qu'avec leur accord. »

Aux termes de cette disposition, si je la comprends bien, aucune des deux Parties ne peut procéder à la publication ni du procès-verbal, ni du rapport sans le consentement de l'autre.

A mon avis cette solution présente de sérieux inconvénients, tout au moins dans le cas où la conciliation a abouti: tout d'abord certains des éléments de la transaction peuvent requérir pour son exécution un acte public de la part des Parties qui l'acceptent, tel l'abandon d'une revendication publiquement formulée antérieurement ou le paiement de sommes qui ne pourra se faire sans l'assentiment du Parlement, sans lequel les crédits nécessaires ne pourront figurer au budget. Pour justifier cette inscription, le gouvernement doit pouvoir faire état de la proposition de règlement que les conciliateurs lui ont adressée et des satisfactions relatives qu'elle lui a procurées en compensation des sacrifices consentis. Comment dès lors permettre que l'autre Partie puisse interdire la publication du procès-verbal d'accord remis à chacune d'elles? Quelle chance y a-t-il au surplus de voir pareille consigne observée? et quelle sanction attachera-t-on à une divulgation?

Même le « rapport » doit, à mon avis, pouvoir être publié pour permettre aux gouvernements de faire connaître les divers aspects du litige tels qu'ils ont apparus à l'issue de l'examen contradictoire qui en a été poursuivi au sein de la Commission. Cela ne peut que faciliter la compréhension de la décision gouvernementale par l'opinion publique et éventuellement par le Parlement.

Je ne crois pas dès lors que le Conseil de l'Europe ait été bien inspiré en subordonnant toute divulgation à l'accord des Parties encore qu'il y ait évidemment intérêt à ce que celles-ci s'entendent si possible sur la date et les conditions dans lesquelles les publications seront faites.

(Bruxelles, le 9 mai 1958.)

Questionnaire

1. Estimez-vous utile de formuler des recommandations quant à la conception que les conciliateurs doivent se faire de leur tâche, ce en l'absence de dispositions contraires contenues dans la convention, ladite réserve étant sous-entendue dans chacune des six questions générales ?
2. Etes-vous d'avis qu'il y a lieu pour les conciliateurs de s'abstenir de tenter de dégager de leurs échanges de vues l'opinion de la majorité de la Commission quant aux points contestés et davantage encore de s'abstenir de faire connaître l'avis de la Commission à ce sujet ?
3. Etes-vous d'avis qu'il y a lieu de recommander que si la Commission est invitée à formuler des propositions, elle ne doit procéder à leur élaboration qu'après avoir donné aux représentants des Parties la possibilité d'exposer leurs vues contradictoirement par écrit et s'il le faut verbalement ?
4. Etes-vous d'avis que la Commission peut remettre aux Parties le texte écrit de ses propositions par écrit ?
5. Etes-vous d'avis que la communication des propositions de la Commission peut être accompagnée d'un rapport écrit donnant un exposé objectif des thèses en présence et des arguments pouvant, suivant la Commission, être donnés pour ou contre chacune d'elles ?
6. Etes-vous d'avis que si la Commission procède à une enquête elle doit, conformément au titre III de la Convention de La Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux, établir des procès-verbaux des déclarations des témoins ou de ses propres constatations et que les

Parties sont en droit de recevoir et de conserver copie de ces procès-verbaux même en cas d'échec ultérieur de la conciliation ?

7. Etes-vous d'avis que, sauf invitation formelle des Parties, la Commission de conciliation si elle procède à une enquête n'a pas à en tirer des conclusions en consignand dans son rapport, conformément à ce qui est prévu dans la susdite Convention de La Haye, la constatation des faits tels qu'ils résultent de l'enquête ?
8. Etes-vous d'avis qu'en cas d'aboutissement de la conciliation chaque Partie peut faire état du texte de la proposition sur laquelle l'accord s'est fait ainsi que du rapport de la Commission accompagnant la proposition ?
9. Etes-vous d'avis que la procédure de conciliation doit demeurer secrète jusqu'à sa conclusion ?
10. Etes-vous d'avis qu'une fois la procédure terminée chaque Partie est en droit de publier même unilatéralement après un délai raisonnable le procès-verbal final constatant que le différend a ou non été concilié, ainsi que le rapport de la Commission et éventuellement les procès-verbaux d'interrogatoires ou constats ?
11. Y a-t-il d'autres aspects de la conciliation que vous désiriez voir examinés par notre Commission ?
12. Etes-vous d'avis qu'il y aura lieu de présenter les conclusions de notre Commission sous forme de projet de Résolution nouvelle ou de version révisée de la Résolution de 1927 ?

(9 mai 1958.)

Annexe II

Observations de membres de la Trentième Commission en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire de M. Henri Rolin du 9 mai 1958

1. Réponse de M. Hildebrando Accioly

Rio de Janeiro, le 4 août 1958.

Eminent et cher Confrère,

J'ai bien reçu votre très intéressant exposé préliminaire sur la conciliation internationale, matière dont vous vous occupez avec une grande autorité, étant donné le rôle que vous avez eu dans la Commission internationale réunie en 1952 pour résoudre une importante affaire entre la Belgique et le Danemark.

Il me semble utile qu'on établisse des règles qui facilitent le recours à ce moyen de règlement pacifique des différends internationaux qu'est la conciliation internationale.

En ce qui concerne votre questionnaire, je me borne à y répondre en peu de mots.

1) Oui. Il convient naturellement qu'on formule des recommandations claires et précises pour que la conciliation puisse réussir.

2) Oui. Il me semble qu'il n'y aura aucune utilité à ce que les conciliateurs, dès le commencement de leurs échanges de

vues, essaient de dégager l'opinion de la majorité. Ce qu'on doit faire c'est chercher une solution conciliatrice pleinement acceptable par les Parties. D'autre part, à mon avis, les conciliateurs doivent s'abstenir de faire connaître d'avance l'avis de la Commission.

3) Oui. Je crois que, dans ce cas, la Commission devra préalablement donner aux représentants des Parties la possibilité d'exposer leurs vues contradictoires.

4) Oui. A mon avis, chaque Partie doit avoir la possibilité d'exiger le texte écrit des propositions de la Commission.

5) Oui. En certains cas, ce rapport écrit sera très utile.

6) Oui. Je ne vois pas d'inconvénient à ce que les Parties gardent une copie de ces procès-verbaux.

7) Non. Si la Commission juge convenable de procéder à une enquête, il me semble qu'elle devra consigner les conclusions de cette enquête dans son rapport.

8) Je ne vois aucune utilité d'ordre général à ce que chaque Partie, après la conciliation, fasse état de sa proposition.

9) Oui.

10) Il me semble que, en principe, il ne faudra pas rendre publics les différents points de vue manifestés au sein de la Commission. Cependant, on pourra laisser à chaque Partie, dans des cas bien justifiés, le soin d'en décider la publication.

11) Non.

12) Oui.

Je vous prie d'agréer, éminent et cher Confrère, l'expression de mes sentiments sincèrement dévoués.

Hildebrando Accioly

2. Observations du baron F. M. van Asbeck

Leiden, le 22 décembre 1958.

Mon cher confrère,

1. Vous avez montré une extrême indulgence à mon égard en m'accordant un délai de grâce prolongé pour l'envoi de mes observations sur votre exposé préliminaire. Quoique le retard intervenu soit dû, comme vous le savez, à un cas de force majeure, je tiens à vous dire que je suis extrêmement reconnaissant de votre patience.

2. La lecture de votre exposé si intéressant m'amène à vous soumettre les observations qui suivent.

A. La conciliation et les tâches d'une Commission de conciliation

3. Je crois qu'il existe dans la littérature qui traite de notre sujet une certaine tendance visant à établir une différence assez nette entre la conciliation et d'autres modes de règlement pacifique des différends internationaux, et tout particulièrement à marquer une distinction claire entre la conciliation, d'une part et le règlement judiciaire et l'arbitrage, d'autre part. Sur la base de cette distinction, on veut attribuer à la conciliation une tâche spécifique, tâche devant être exécutée selon une procédure qui lui soit propre. Le professeur André Gros me semble pencher vers cette opinion dans l'article bien connu¹ que vous mentionnez au début de votre exposé. M^{me} Bastid pose une question qui semble aller dans le même sens, exprimée cependant avec une certaine réserve, dans le tout dernier alinéa de l'article²

¹ Remarques sur la conciliation internationale. *L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, 1956, p. 280.

² La Commission de Conciliation franco-suisse. *Annuaire français de Droit international*, II, 1956, p. 440.

que notre savant confrère a consacré à la Commission de conciliation franco-suisse; M^{me} Bastid se demande en effet « si ce procédé de règlement (la conciliation) a trouvé sa forme originale et définitive ». Et vous-même, mon cher Confrère, vous écrivez (chap. I de votre exposé) qu'une fois l'échange d'écrits et de débats contradictoires terminé, « les deux procédures divergent *nécessairement* » (c'est moi qui souligne); c'est-à-dire que la procédure de conciliation d'une part, et celle de l'arbitrage et du règlement judiciaire d'autre part, trouvent chacune leur propre voie et n'ont plus rien de commun. D'autres opinions ont probablement été formulées en ce sens. Souvent on accentue encore cette divergence en insistant très nettement sur la transaction comme qualité inhérente à la conciliation.

4. Or, je ne saurais vraiment me rallier à ces conceptions. Elles me semblent par trop schématiques, et me font l'impression d'être un peu inspirées par des raisonnements *a priori*. A mon sens, on ne devrait pas mettre ainsi la conciliation dans une case à part, bien séparée des autres modes de solution pacifique des différends; ni lier la conciliation à l'idée de transaction en tenant cette liaison pour naturelle et nécessaire (comp. votre exposé, chap. I). Car on peut très bien imaginer des cas où la conciliation entre les Parties est obtenue non pas sous la forme d'une transaction entre demandes et refus des Parties en cause, mais par l'élaboration d'un accord entre leurs prétentions réciproques, ou même sous la forme d'une proposition qui présenterait certains traits d'un jugement. Je reviendrai sur ce point tout à l'heure (*infra*, no. 10).

5. J'aimerais donc souligner que dans toutes les affaires, de quelque origine qu'elles soient, la conciliation ne peut être séparée de façon absolue ni de la négociation ou de la médiation, ni du règlement judiciaire ou arbitral. La conciliation, telle que

je la conçois, se trouve à cheval sur les deux paires de solution indiquées. Les travaux d'une Commission de conciliation accuseront généralement des traits mixtes, empruntés aussi bien à la négociation diplomatique ou à la médiation, qu'à l'arbitrage et au règlement judiciaire. Je me range volontiers du côté du professeur Gros, lorsqu'il met en lumière¹ que pour les Etats en cause il s'agit d'une « reprise de la négociation avec une méthode différente »; toutefois il ne jette la lumière, dans ce passage, que sur un côté seulement de la conciliation. Car « la méthode différente » empruntera dans la majorité des cas des éléments à la procédure d'une cour de justice ou d'un tribunal d'arbitrage et même quelquefois à la matière judiciaire ou arbitrale.

6. En effet un de ces éléments, à savoir l'obligation pour la Commission de se servir de la procédure contradictoire, se retrouve comme disposition habituelle dans tous les traités bilatéraux et conventions collectives sur la conciliation. Elle est de rigueur pour toutes les affaires, quelles que soient leur origine et leur caractère. D'autre part, dans la plupart des affaires soumises à la conciliation, la Commission, sauf stipulation contraire des Parties, se livrera pour l'accomplissement de sa tâche « d'élucider les questions en litige » d'abord à un examen des positions juridiques des Parties, non pas toutefois en vue de prononcer un jugement ayant force obligatoire mais pour arriver à l'« avis impartial » que les Parties s'attendent à obtenir d'elle. Car c'est en général le droit seul qui peut fournir un point de départ ferme pour l'examen de l'affaire. Il dépendra des circonstances particulières de chaque cas — je reviendrai tout à l'heure sur ce point — si par la suite le droit strict aura le pas, ou bien sur des considérations juridiques tempérées par l'équité, ou bien sur des considérations de pure utilité, d'oppor-

¹ *Op. cit.*, p. 280.

tunité. Je me range volontiers de votre côté ne me souvenant des idées que vous avez exprimées à ce propos dans votre article sur la conciliation belgo-danoise de 1952¹, et je me réfère par ailleurs à mon article sur « La tâche et l'action d'une Commission de conciliation »², où à la page 8 j'ai tâché d'indiquer la liberté de jugement d'une Commission de conciliation en face des preuves apportées de part et d'autre.

7. Quels seraient alors les traits essentiels de la conciliation? J'en découvre trois, à savoir:

- 1° en ce qui concerne la Commission de conciliation: son impartialité, son détachement et son indépendance complets vis-à-vis des parties au différend;
- 2° en ce qui concerne sa procédure: le caractère informel et confidentiel de son activité;
- 3° en ce qui concerne le résultat de ses travaux: l'avis qui laisse aux Parties une entière liberté de jugement.

Ses travaux aboutissent, si elle obéit à sa mission, à un avis impartial. Dans ces deux mots: avis et impartial, est exprimée, me semble-t-il, la haute importance de la conciliation.

8. Pour déterminer la tâche d'une Commission de conciliation dans une affaire soumise à son examen, deux circonstances paraissent décisives:

- 1° la nature de l'affaire dont elle est saisie,
- 2° l'attitude et l'intention des Parties.

Ad 1° nature de l'affaire: il se peut que le différend porte sur l'existence ou la portée d'un droit, sur l'application d'un droit par ailleurs non contesté, sur l'exécution d'une obligation. Il se

¹ *Revue générale de Droit international public*, 1953, p. 357.

² *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1957, fasc. 1 (en français).

peut par contre qu'aucun droit ne soit en jeu, mais que les Parties se trouvent en désaccord sur le règlement désirable d'un intérêt commun ou sur l'adaptation mutuelle d'intérêts en conflit. Un des meilleurs exemples pour éclaircir ce point nous est fourni par une comparaison de l'affaire franco-siamoise de 1947, décrite par M^{me} Bastid ¹, et des deux affaires franco-suisse de 1954 et 1955. Dans la première, nous explique M^{me} Bastid (p. 5), « Tout problème de droit était écarté, un accord formel entre les parties l'ayant établi sans discussion possible. Il restait un litige de caractère purement politique... » Que l'on considère ensuite les deux différends franco-suisse et la différence fondamentale d'avec l'affaire franco-siamoise saute aux yeux. Ces différends concernaient :

1. la bonification des frais d'internement en Suisse pendant les années 1940-45 d'une division polonaise qui avait combattu sur le front français;
2. la violation de la souveraineté territoriale suisse, commise d'après l'opinion du Gouvernement suisse par des agents du service français de la répression des fraudes douanières.

Or, ces deux différends ont été d'ordre juridique tous les deux sans aucun mélange politique, et donc d'une nature exactement contraire en cela à celle de l'affaire franco-siamoise. Car il est évident qu'un reproche de violation de la souveraineté territoriale du pays, tel qu'il a été adressé par le Gouvernement suisse au Gouvernement français, ne laisse aux conciliateurs aucune latitude pour la recherche d'une solution autre que celle d'une réponse juridique péremptoire par « oui » ou par « non », réponse quasi de l'ordre d'un jugement, où toute idée de transaction est exclue *ab initio*.

¹ Voir son article dans le Volume I des *Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, intitulées « *La technique et les principes du droit public* », 1950, pp. 1-20.

Ad 2^o, attitude et intention des parties: dans l'autre différend franco-suisse, concernant les frais d'internement de la division polonaise, la requête unilatérale et la réplique suisses aussi bien que le mémoire et la duplique français se sont placés exclusivement sur le terrain juridique, sans trace aucune d'un désir, si minime fût-il, de vouer quelque attention à d'autres considérations ou d'arriver à une transaction. Attitude dans laquelle les deux Parties ont persisté pendant la phase orale de la procédure. Aussi la Commission a-t-elle vite dû avouer que cette attitude l'obligeait à se cantonner elle aussi sur le terrain juridique, et que dans ce cas-ci la conciliation, renvoyée au dernier stade de ses travaux, allait consister en une proposition formelle d'arrangement.

9. Cependant on peut très bien imaginer des cas où les pièces écrites ou les informations orales des Parties dévoilent leur intention et leur désir d'ouvrir la voie à d'autres considérations que celles de nature purement juridique. Il se peut encore, autre hypothèse, que les Parties considèrent en effet la conciliation comme « une instance de transition »¹ entre la négociation d'une part, et de l'autre le règlement judiciaire ou l'arbitrage (voir votre interprétation de la conciliation belgo-danoise de 1952²) ou encore la soumission du cas au Conseil de Sécurité ou à l'Assemblée générale de l'ONU. Mais il est possible tout aussi bien, que les Parties, animées par le profond désir d'arriver à une entente amiable sans intervention du juge ou de l'arbitre, ne regardent point au-delà du prolongement devant la Commission de leurs négociations diplomatiques, restées jusqu'alors infructueuses. Or, aucune de ces hypothèses ne saurait prétendre à une valeur prédominante. On peut même entrevoir des cas,

¹ Message du Conseil Fédéral suisse à l'Assemblée fédérale (*Feuille fédérale suisse*, 1924, III, p. 657).

² Dans la *Revue générale de Droit international public*, 1953.

où l'attitude initiale d'un gouvernement subit un changement au cours de la procédure, ne fût-ce qu'en raison d'un changement de ministère. Tout semble dépendre des circonstances particulières de chaque cas.

10. Aussi puis-je difficilement accepter votre thèse, soutenue dans la partie I de l'exposé, que « les conciliateurs — n'ont pas en principe à se prononcer pour ou contre les thèses en présence », que « la Commission de conciliation doit se limiter . . . à une analyse objective du litige . . . » Pourquoi formuler une telle règle absolue? Il se pourrait bien que le silence des conciliateurs sur la valeur relative des thèses en présence constitue en un certain cas une sérieuse déception pour les Parties! Encore une fois: tout dépend du caractère du différend et plus encore, peut-être, de l'attitude et de l'intention des Parties. L'éventualité ne paraît même point inconcevable, que les Parties soient — pour des raisons différentes — heureuses d'une prise de position à l'égard de leurs thèses. Supposez qu'un gouvernement A juge que dans un différend avec B sa position juridique s'est montrée de plus en plus faible, voir intenable, mais qu'en raison de sa position vis-à-vis du parlement, ou bien de l'état d'esprit dans le pays, ce gouvernement ne trouve pas moyen, à son regret, de donner ouvertement raison à son adversaire. Ayant pu saisir une commission impartiale de l'affaire, il sera peut-être content si celle-ci, en se prononçant contre sa thèse et en faveur de celle de son adversaire, lui ouvre la possibilité de se tirer honorablement d'une position embarrassante au moyen d'une solution librement acceptée. Dans un cas pareil, la bonne entente entre les Parties serait favorisée par une opinion des conciliateurs qui se rapprocherait d'un verdict arbitral ou judiciaire. C'est là, en même temps, un cas où la conciliation ne consiste pas en une transaction dans le sens habituel de ce mot (comp. no. 4 supra).

11. Les explications précédentes justifient, je crois, la conclusion qu'une Commission de conciliation doit revendiquer la plus grande liberté possible quant à la définition du différend soumis à son examen et quant à sa tâche dans le cas devant elle, et qu'on entreprend une œuvre vaine en voulant circonscrire en des termes tant soit peu rigoureux la tâche d'une telle commission. Cette tâche montre des aspects trop variés — tout comme la négociation diplomatique et la médiation — pour qu'on puisse la saisir dans une formule quelque peu concrète. Toute limitation pourrait un jour constituer, pour une commission, une entrave pratique peu favorable à l'accomplissement d'une mission salutaire.

B. La procédure d'une Commission de conciliation

12. En second lieu — et de nouveau, sauf stipulation expresse des Parties — il faut laisser à une Commission de conciliation la plus grande liberté possible en ce qui concerne sa procédure. Les dispositions que contiennent sur ce point les traités bilatéraux et les conventions collectives doivent être jugées sages, parce que vagues. On peut souvent s'attendre à ce que la Commission se trouve même dans l'impossibilité d'arrêter d'avance un règlement de procédure, l'attitude prise par les gouvernements au cours de la procédure exerçant, comme j'ai essayé de l'indiquer, une influence décisive sur la voie à suivre par la Commission.

13. Dans cet ordre d'idées, il est malaisé de prendre une position ferme, par exemple vis-à-vis du plaidoyer donné par le professeur Gros en faveur d'« un véritable dialogue entre les agents des gouvernements et la Commission »¹. Oui, on peut se représenter des éventualités où un tel dialogue peut

¹ Article cité, p. 281.

aboutir à un résultat heureux. Par contre, lorsqu'un différend a traîné durant de longues années dans les méandres d'une discussion diplomatique de plus en plus échauffée, aux positions de plus en plus rigides, on ne voit pas comment un dialogue pourrait encore porter quelque fruit. Notre secrétaire général, dans son article sur les Commissions de conciliation, dans la *Festgabe für A. N. Makarov*, attire à juste titre l'attention sur cet aspect de la procédure (pp. 586, 592).

14. Le point de procédure auquel vous prêtez une attention particulière (voir chap. II de votre exposé et aussi votre article dans l'*Annuaire européen*, III), à savoir celui de la procédure à suivre en cas d'enquête, ne me préoccupe pas beaucoup. Afin d'éviter une répétition inutile, je me permets de renvoyer à mes observations sur ce point, insérées dans mon article sur la procédure suivie par la Commission franco-suisse¹. Je continue de penser que d'après les articles des traités bilatéraux et des conventions collectives y ayant trait, une Commission de conciliation dispose de tant de moyens efficaces pour découvrir les faits pertinents de l'affaire dont elle est saisie (explications orales à demander aux agents, conseils, et experts des parties, ainsi qu'à toutes personnes qu'elle jugera désirable de faire comparaître devant elle, faculté d'audition de témoins ou d'experts sur le territoire des Parties, faculté de transport sur les lieux) que la signification réelle des dispositions conventionnelles sur les « enquêtes » à instituer par une Commission en est manifestement amoindrie.

15. Néanmoins, lorsqu'une Commission de conciliation procède à une « enquête » formelle (titre III de la Convention n° 1 de 1907), il semble désirable à première vue qu'elle établisse des procès-verbaux des déclarations de témoins (experts, etc.)

¹ *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1957, fasc. 3 (en français).

dont copie soit délivrée aux Parties, pour leur dossier. Mais sur ce point encore je préférerais laisser toute latitude à la sagesse de la Commission. Si par hasard elle devait juger préférable de se limiter à une lecture de tels procès-verbaux, pour une raison péremptoire fondée sur sa mission de pacigérance, il faudrait qu'elle ait entière liberté à ce sujet.

16. J'aimerais ajouter qu'il va sans dire qu'une Commission jouit de la même liberté pour ce qui est de l'établissement de procès-verbaux rapportant les réponses données par les agents, les experts, les témoins, e.t.q. à des questions orales posées par la Commission en dehors de toute « enquête » formelle.

C. Rapports et procès-verbaux finals

17. Pourquoi établir comme règle immuable (voir fin du chap. III de votre exposé), qu'aucun écrit reproduisant les termes de règlement ne soit remis aux Parties? La règle me paraît trop absolue. Si l'on veut amener les Parties à un accord, à une entente, il faut les mettre en mesure de connaître exactement, avec points et virgules pour ainsi dire, l'arrangement sur lequel dans un délai souvent rapproché, elles doivent se prononcer. L'expérience faite par la Commission franco-suisse ne laisse pas de doute sur ce point. Partant, il m'échappe également la raison pour laquelle, si la conciliation échoue, il n'y aurait point lieu, sauf stipulations expresses des Parties naturellement, de consigner dans le procès-verbal final — destiné aux Parties seules et aux archives de la Commission — les termes d'arrangement proposés aux Parties mais rejetés par elles (commencement du chap. III de votre exposé). Car dans certains cas il pourrait y avoir avantage à ce que les Parties puissent disposer du texte complet des termes d'arrangement, par exemple si elles voulaient entreprendre plus tard un nouvel effort pour régler leur différend.

18. Je touche ici à un point sur lequel une incertitude plane dans mon esprit. A plusieurs reprises vous avez voulu faire une distinction entre un « exposé objectif », une « constatation » des faits (chap. III de votre exposé), une « analyse objective du litige », (chap. I de votre exposé), et d'autre part un « règlement du litige » (fin du chap. III de l'exposé); au chap. III de l'exposé on rencontre l'expression « imposer la solution finale » (« conseiller », je crois, vaudrait mieux qu'« imposer »). Or, il me semble difficile de maintenir cette distinction en face de l'évolution de la procédure devant une Commission de conciliation. Existe-t-il vraiment pour celle-ci une telle différence fondamentale entre un exposé objectif des faits et un essai de solution du litige ? Sinon — et je crois qu'il faut répondre par la négative — votre objection contre la remise aux Parties des termes d'arrangement perd une grande partie de sa force.

19. Au surplus, il faut prendre en considération le fait que dans certains cas les Parties pourraient peut-être éprouver un sentiment de déception, si la Commission limitait son résultat à un exposé des faits seulement (comp. le cas indiqué plus haut sous le n° 9).

D. Publicité

20. Je me rallie au sens général des remarques que vous avez formulées au chapitre IV de votre exposé. Toutefois le lecteur de ces pages se rendra facilement compte que vous le mettez en face d'un problème à première vue inextricable. En effet, il se peut qu'une publication unilatérale, soit des termes de l'arrangement seul, soit en même temps du « rapport », porte préjudice à l'entente nouvellement acquise entre les Parties. D'autre part, comme vous l'indiquez à juste titre, un gouvernement pourrait se trouver obligé de faire état de l'avis émané de la Commission, afin de justifier p. e. une proposition budgé-

taire soumise à son parlement, par laquelle le gouvernement doit s'acquitter de son devoir à l'égard de l'autre Partie au différend. Il me semble pour ces raisons que la seule voie praticable consiste en l'acceptation de l'idée exprimée dans l'art. 16 de la Convention Européenne (publication avec l'accord des deux parties), en permettant toutefois, en cas de désaccord entre les Parties sur la publicité, une publication unilatérale strictement limitée aux nécessités devant lesquelles le gouvernement en cause pourrait se trouver.

21. En conclusion, j'aimerais encore une fois insister sur la nécessité primordiale de laisser à une Commission de conciliation — pour autant que les Parties n'auraient pas exprimé d'autres intentions, ou n'auraient pas arrêté des dispositions spéciales — une entière liberté de décision tant en ce qui concerne le mode de traitement d'une affaire, qu'en ce qui regarde la procédure à suivre et la forme en laquelle la Commission désire présenter le résultat de ses recherches et constatations. Un avis clair, non ambigu, adressé aux Parties par une Commission impartiale après examen de l'affaire à huis clos, avis dénué de toute force obligatoire, pourrait dans plusieurs cas amener ou du moins promouvoir la solution d'un différend — solution que les Parties se seraient jusqu'alors vainement efforcé d'atteindre. Il leur serait souvent plus aisé d'accepter librement une telle solution, issue d'une bonne volonté mutuelle, que de se résigner à un sacrifice direct de droits ou d'intérêts pendant une négociation, ou de se voir obligées de s'incliner devant un arrêt d'une cour ou devant une sentence arbitrale.

22. Je m'excuse de la longueur de mes observations. Cette ampleur m'a paru inévitable pour motiver la réponse générale à vos questions qui a été formulée plus haut. La Commission doit faire tout son possible, user de tous les moyens à sa disposition, pour tâcher d'arriver à un « avis impartial » en vue de

promouvoir la bonne entente entre les Parties. Le choix des moyens pouvant mener au but désiré dépend des circonstances particulières de chaque cas. L'activité d'une Commission de conciliation semble être une matière trop fuyante pour pouvoir faire l'objet de règles précises, identiques pour tous les cas.

Quelques réponses catégoriques :

N° 1: non.

N° 3: oui.

N° 6: généralement oui.

N° 8: oui, sauf devant une instance judiciaire ou arbitrale si plus tard, pour une raison inattendue, l'affaire devait être portée devant une telle instance.

N° 9: oui.

N° 11: une stipulation me semble pouvoir être recommandée comme disposition de traités bilatéraux ou de conventions collectives, qui aurait pour but d'interdire aux parties à un différend, lorsque celui-ci est porté devant une instance judiciaire ou arbitrale, de produire quelque document que ce soit appartenant au dossier de la Commission de conciliation qui aurait été saisie auparavant du même différend, ou de s'appuyer sur un tel document.

N° 12: plutôt une Résolution nouvelle.

F. M. van Asbeck

3. Observations de Mme Suzanne Bastid

Paris, le 14 janvier 1959.

Mon cher Collègue,

J'ai pris connaissance avec grand intérêt de votre exposé préliminaire relatif à la conciliation internationale. Avant de répondre aux questions que vous avez bien voulu poser aux membres de la trentième Commission, je voudrais présenter deux observations générales.

a) L'Institut a confié à votre Commission le sujet de « La conciliation internationale ». Ce terme a été employé couramment pour désigner le règlement par le Conseil de la Société des Nations. D'autre part l'Assemblée des Nations Unies a par la Résolution 194 (III) établi une Commission de conciliation pour la Palestine.

Il paraît raisonnable de maintenir l'interprétation du terme conciliation qui se trouve dans la Résolution de 1927 et peut-être conviendrait-il pour écarter toute équivoque de choisir pour la Résolution un titre tel qu'il apparaîtra clairement que l'on n'entend traiter que des Commissions de conciliation établies par accord entre Etats en dehors du fonctionnement d'une organisation internationale. En effet une « Commission de conciliation » instituée par un organe des Nations Unies dépend de cet organe dans sa constitution et reçoit de lui des instructions. Elle fonctionne donc dans des conditions très particulières et qu'il n'y a pas lieu d'envisager pour la trentième Commission.

b) Après une longue période durant laquelle les commissions de conciliation prévues dans des conventions internationales n'ont été que fort peu utilisées, elles connaissent depuis quelques années une réelle faveur. Il est donc possible d'en examiner les

conditions de fonctionnement à la lumière de ces expériences et notamment de mieux en définir les caractères spécifiques.

A cet égard il faut noter que le recours à la conciliation implique le droit pour les Etats en cause de consentir à la solution du différend. Par là ce procédé s'oppose à l'arbitrage et à la juridiction.

Mais le recours à la conciliation doit aussi être distingué de l'arbitrage consultatif dans lequel les parties, ayant exposé contradictoirement devant le tiers choisi d'accord leurs thèses juridiques, attendent de lui une opinion juridique sur leur différend mais sans reconnaître à cette opinion un caractère obligatoire. La conciliation doit apporter aux Parties en litige autre chose qu'une consultation juridique sinon elle ne pourrait se distinguer de l'arbitrage consultatif.

Enfin la Commission de conciliation se distingue de la Commission internationale d'enquête prévue par la Convention de La Haye qui examine un litige « provenant d'une divergence d'appréciation sur des points de fait » et doit présenter un rapport « limité à la constatation des faits ».

Notre Commission devrait rechercher par quels moyens une Commission de conciliation peut s'acquitter dans les meilleures conditions de la tâche définie dans les accords qui en prévoient la constitution.

Il est important de relever à cet égard que la Convention Européenne de 1957 a repris textuellement les termes de l'Acte Général d'Arbitrage.

L'objet de la conciliation est la recherche d'un compromis entre les prétentions des Parties, d'un arrangement acceptable pour elles, alors que les négociations directes n'ont pas abouti.

La participation de tiers a donc pour but essentiel l'apport d'idées nouvelles, de suggestions originales dans la manière de considérer le conflit. La procédure suivie doit permettre et faciliter ces initiatives. Par là la conciliation se distingue pro-

fondément d'autres modes de règlement pacifique dans lesquels l'élément tiers n'est pas appelé à cette collaboration directe avec les Parties.

J'en viens maintenant au questionnaire adressé aux membres de la Commission.

1. La réponse à cette question doit être affirmative. L'expérience du rapporteur et de plusieurs membres de l'Institut dans ce domaine permettra de formuler des recommandations qui pourront faciliter dans l'avenir le fonctionnement des commissions. Il est possible que cette expérience conduite à constater que la nature du litige soumis à la Commission doit être considérée pour choisir la meilleure méthode à suivre. L'Institut ferait alors œuvre utile en exposant plusieurs systèmes compatibles avec les termes des traités qui prévoient ce mode de règlement.

2. Le but des Etats qui font appel à la conciliation est de trouver un arrangement. Dans ces conditions il apparaît que la tâche essentielle de la Commission devrait être moins de formuler son opinion sur les points contestés que de chercher dans une collaboration active avec les agents des Parties et les commissaires nationaux un règlement acceptable de ces questions.

Dans cet esprit en règle générale l'effort de conciliation devrait se produire dès que la Commission est informée du différend et sans qu'elle ait pris position sur ce qui paraîtrait à la majorité une solution convenable du litige. On peut concevoir que sur tel point l'accord des Etats se fasse dans des conditions qui ne seraient pas *a priori* proposées par la Commission.

Donc, en règle générale, l'avis de la Commission ne devrait, en tant que tel, être dégagé que si la discussion directe avec les parties a été sans résultat. S'il en est ainsi il peut être utile de le formuler et, évidemment, de le faire connaître aux Parties. A

ce stade une « consultation » de la Commission sur l'ensemble du litige peut permettre d'informer complètement les gouvernements en cause et éventuellement provoquer une nouvelle négociation.

Je reconnais que dans certains litiges, notamment ceux où se pose à titre principal ou préliminaire une question juridique, une procédure rappelant l'arbitrage consultatif puisse être plus rationnelle. L'avis de la Commission serait alors le second acte de la procédure, le premier consistant dans l'exposé des thèses des Parties et l'instruction par la Commission. Mais je ne crois pas que l'Institut doive recommander la généralisation de ce système que l'Acte Général comme la Convention Européenne prévoient comme une simple faculté ouverte à la Commission.

3. La question ainsi posée me paraît concerner non pas les exposés faits par les Parties de leurs thèses sur le différend, mais des exposés qui seraient provoqués par la Commission au sujet de propositions éventuelles de celle-ci.

Ainsi que je l'ai indiqué sous 2 — il m'apparaît qu'en règle générale l'avis de la Commission ne doit être formulé que si dans une phase antérieure des négociations dirigées par la Commission ont échoué.

Normalement au cours de cette phase les suggestions finalement retenues par la Commission auront été présentées aux Parties qui auront eu l'occasion de se prononcer sur elles. C'est notamment en fonction de leur attitude que la Commission établira ses propres propositions.

Ainsi, en règle générale, les propositions de la Commission ne peuvent être élaborées qu'après une discussion approfondie avec les Parties sur les solutions possibles du différend. Cette discussion devrait cependant être conduite suivant d'autres techniques que celles d'une procédure juridictionnelle comportant des exposés contradictoires assortis de conclusions.

4. Dans le cas où la Commission juge devoir présenter des propositions aux Parties il est préférable que celles-ci soient remises par écrit, pour éviter d'inutiles difficultés sur leur teneur.

5. L'exposé des thèses en présence, l'énoncé des arguments qui ont guidé la Commission peuvent se justifier si l'avis de la Commission est le second acte de la procédure. Par contre, si, comme ce devrait être la règle, en l'absence de circonstances particulières, cet avis n'est donné qu'après une discussion approfondie avec les Parties, se soldant par un échec de l'effort de règlement, ce qu'on attend de la Commission c'est, ainsi que le disent les traités, « les termes de l'arrangement », donc des propositions concrètes de règlement. Celles-ci peuvent être assez détaillées mais les motifs pour lesquels elles sont formulées par la Commission doivent résulter pour les Parties de la négociation menée avec elles par la Commission, sans être formellement exposés.

6. Pour les raisons données dans l'exposé préliminaire j'estime que la réponse doit être affirmative.

7. Le rôle d'une Commission de conciliation diffère de celui d'une Commission d'enquête et on peut se demander si le renvoi au titre III de la Convention de La Haye ne doit pas s'entendre sous réserve des caractères propres de la première. J'estime que sur ce point l'Institut devrait se prononcer en marquant nettement ce principe fondamental, auquel il appartient aux Parties et à elles seules de déroger si elles le jugent nécessaire.

8. La proposition de la Commission et le rapport l'accompagnant — sous réserve des observations précédentes — doivent être considérés comme un des éléments d'une négociation qui ne peuvent être publiés que si les Parties en cause sont d'accord.

9. Réponse affirmative.

10. Il ne paraît pas opportun de proposer la modification sur ce point des règles contenues dans les traités.

11. L'Institut devrait sans doute faire des recommandations relatives à la composition des commissions de conciliation. Il semblerait à cet égard utile de signaler l'intérêt de voir siéger des techniciens des négociations internationales à côté de juristes.

La situation des agents pourrait également retenir l'attention de l'Institut afin de marquer la différence de leur rôle de celui qu'ils assument devant une juridiction internationale où leur tâche est en principe terminée lorsque les exposés oraux ont été présentés. Devant une Commission de conciliation leur collaboration à la recherche d'une solution doit au contraire se poursuivre sous la direction et en suivant les initiatives de la Commission. Cette situation peut entraîner diverses conséquences qu'il y aurait lieu de relever quant au choix des agents et aux conditions de leur présence durant les travaux de la Commission.

12. Il est sans doute préférable de présenter les conclusions de notre Commission sous forme de projet de Résolution nouvelle, sinon il conviendrait de réexaminer en fonction de la situation présente l'ensemble de la Résolution de 1927, or il apparaît que les questions sur lesquelles il est important de prendre position aujourd'hui sont plus limitées et plus précises. Le titre de la Résolution devrait faire apparaître nettement son objet propre c'est-à-dire l'exercice par les commissions de conciliation de leur compétence.

Telles sont, mon cher Collègue, les observations que me suggère votre intéressant exposé préliminaire.

Je vous prie de trouver ici l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Suzanne Bastid

4. Observations de M. J. P. A. François

La Haye, le 23 septembre 1958.

Mon cher Collègue,

J'ai lu avec beaucoup d'intérêt votre intéressant exposé préliminaire sur la conciliation internationale. Cette lecture m'a fait revivre les journées agréables de Stockholm, lorsque nous faisons partie de la Commission de conciliation belgo-danoise, présidée avec tant de tact et de sagesse par notre ami Sandström. Je partage entièrement votre opinion que l'Institut fera bien de mettre en lumière les services variés que l'on peut demander à la conciliation.

En effet, la situation a changé ces trente dernières années. Le but des commissions de conciliation diffère essentiellement de celui des commissions d'enquête, prévues par l'Institut dans son Règlement de 1927. Il ne s'agit plus exclusivement d'une détermination impartiale des faits. Il ne s'agit pas non plus de rechercher un accommodement à l'amiable, acceptable pour les deux Parties, tout en laissant de côté les prétentions juridiques des deux Parties. La procédure à suivre par une commission de conciliation montre actuellement — comme l'a exprimé notre collègue van Asbeck — « un mélange frappant des traits de la négociation par concessions mutuelles et de ceux du traitement juridique qui tranche un différend dans une sentence »¹. A mon avis c'est la juridiction par une cour internationale, qui restera toujours la clef de voûte de tout système d'organisation internationale. Mais on ne saurait méconnaître que, dans les circonstances actuelles, le besoin se fasse sentir

¹ La procédure suivie par la Commission Permanente de conciliation franco-suisse, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1956, p. 219).

d'une méthode plus souple pour la solution de certaines catégories de différends internationaux, une méthode qui laisse une place plus importante à la médiation. Parfois on a cru que l'arbitrage pourrait servir à ce but. Dès 1899 on s'est toutefois placé au point de vue que l'arbitrage devrait se faire « sur la base du respect du droit ». Il est vrai que la possibilité existe de faire trancher les différends *ex aequo et bono*. Toutefois, les cas où les Parties sont tombées d'accord pour accepter cette procédure sont extrêmement rares. Cette réticence est compréhensible. En laissant aux arbitres une pleine liberté en ce qui concerne la base de leur sentence, le recours à l'arbitrage constitue un saut dans l'inconnu et une Partie, convaincue que sa cause est fondée en droit n'est, en général, pas disposée à le faire.

La Commission de conciliation offre, dans une certaine mesure, une échappatoire à ces difficultés : la sentence doit rencontrer l'approbation des deux Parties. Cela constitue, en même temps, la valeur et la faiblesse de cette méthode. Le fait que la sentence n'est pas obligatoire en diminue sensiblement l'importance. Mais cela ne justifie pas la conclusion qu'elle manque de valeur pour la solution du conflit. L'expérience montre que maintes fois la recommandation de la Commission de conciliation est acceptée par les deux Parties et que de cette manière une solution pacifique du différend est acquise qui ne pouvait être trouvée d'aucune autre manière. Les expériences faites notamment ces dernières années dans le domaine de la conciliation sont encourageantes. Mais afin d'atteindre ce résultat il faut, toutes les fois qu'une divergence de vues sur des points juridiques divise les Parties — et pratiquement ce cas se présente toujours — examiner d'abord le bien-fondé des prétentions juridiques. Cette idée était à la base du système préconisé par la Commission Sandström et dont vous-mêmes avez été l'un des initiateurs. Notre collègue van Asbeck l'a exprimé d'une

façon excellente: « un arrangement à l'amiable qui ne ferait point état du droit en cause serait peu efficace pour atteindre notre but. Car des considérations soi-disant d'équité, d'efficacité, d'opportunité seules peuvent toujours être contrebalancées par d'autres considérations du même genre, aussi convaincantes, aussi peu convaincantes, que veut-on? ¹ » Je partage l'opinion de M. van Asbeck que cette méthode ne saurait donner satisfaction à aucune des deux Parties dans leurs différends juridiques. Mais, une fois la position juridique étudiée, il s'impose à la Commission de Conciliation d'examiner sur quel point il y a lieu d'atténuer le droit strict, afin de réconcilier, dans un esprit de compréhension mutuelle, les points de vue opposés et d'ouvrir la voie à une entente entre les deux parties. Rapprocher ainsi la conciliation du système de règlement juridictionnel n'est pas, comme le pense notre éminent collègue, M. André Gros ² fausser le jeu normal de la conciliation, c'est, à mon avis, au contraire, le seul moyen de permettre aux commissions de Conciliation de s'acquitter d'une manière satisfaisante de leur tâche.

Dans cet ordre d'idées la Commission pourra, dans certains cas, chercher un terrain d'entente en évaluant les chances d'une réclamation dans le cas où elle serait soumise à la Cour internationale de Justice, et en fixant une indemnisation de la Partie lésée conformément au résultat de cet examen. Mais — ainsi que le fait observer notre Secrétaire général, M. Hans Wehberg, dans un excellent article intitulé: « Die Vergleichskommissionen im modernen Völkerrecht ³, c'est l'une des méthodes à suivre,

¹ La tâche et l'action d'une commission de conciliation, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1956, p. 8.

² Remarques sur la conciliation internationale, *L'Evolution du Droit Public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, 1956, p. 280.

³ *Festgabe für A. N. Makarov*, Sonderabdruck Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1958, p. 590.

mais il n'est pas nécessaire que la Commission procède de cette façon dans toutes les circonstances. Le cas s'est présenté, par exemple, tout récemment, que certaines thèses juridiques ne pouvaient être acceptées sous aucune condition par l'une des Parties, non pas à cause des conséquences qu'elles entraîneraient dans le cas soumis à la Commission, mais en vue des répercussions que l'acceptation de ces thèses pourrait avoir sur d'autres cas plus ou moins comparables. Ce qui importe dans des cas de ce genre, c'est d'éviter de créer un précédent juridique, et la Commission devra se baser, dans sa recommandation, sur des raisons d'équité, valables dans le cas d'espèce, sans s'efforcer de faire accepter par les deux Parties un rapport s'étendant sur les côtés juridiques de l'affaire.

A cause de cette variété d'aspects, sous lesquels les différents problèmes peuvent se présenter, il me semble difficile de formuler une recommandation d'ordre général comme celle qui était prévue dans le numéro 1 de votre questionnaire.

La question se pose de savoir si des considérations juridiques, insérées dans le rapport de la Commission de Conciliation ne pourront pas porter préjudice à la position juridique des Parties si, une fois la conciliation échouée, le différend est soumis à la Cour internationale de Justice ou à un tribunal d'arbitrage. La Commission Sandström et la Commission van Asbeck se sont toutes les deux occupées de ce problème. La solution qu'elles y ont donnée est différente. La Commission Sandström a arrêté une procédure en ce sens que le Président explique dans un commentaire verbal la portée des termes de l'arrangement à soumettre aux agents des Parties, toutefois sans que le texte du commentaire leur soit remis. Mais parce que les agents restaient libres de faire prendre par des secrétaires-sténographes le texte complet du commentaire du Président, cette mesure manquait complètement son but. La Commission van Asbeck a remis aux agents le texte complet de l'exposé oral du Prési-

dent, lequel portait en tête la déclaration suivante: « La proposition de la Commission n'étant inspirée que par le désir d'amener une conciliation entre les Parties, le présent exposé ne préjuge pas la position juridique des Parties, et ne doit pas être évoqué dans une éventuelle procédure judiciaire. » Réflexion faite, il me semble que la Commission Sandström, et même la Commission van Asbeck, ont fait preuve d'une prudence quelque peu exagérée dans cette matière. Il est évident que les Parties, en acceptant les propositions conciliatoires d'une Commission de conciliation ne sauraient être considérées comme ayant abandonné leur droit de se prévaloir des arguments juridiques, si la conciliation échoue et si le différend est porté devant une instance arbitrale ou judiciaire. C'est l'évidence même, et il est superflu de le dire dans le rapport de la Commission. D'autre part, il n'existe, à mon avis, aucun inconvénient à faire mention dans le rapport de considérations juridiques et autres qui ont été prises en considération par la Commission. La Cour ou le tribunal arbitral examineront ces arguments dans le même esprit d'objectivité et d'indépendance avec lequel toute instance d'appel examine l'argumentation juridique d'un juge de première instance. Loin de moi de considérer la Cour ou le tribunal arbitral comme juges d'appel de la Commission de conciliation, mais je ne vois pas de raison suffisante pour accepter, en ce qui concerne le point en question, une position différente dans les deux cas. Les appréhensions en ce qui concerne l'insertion d'arguments juridiques dans le rapport de la Commission manquent, à mon avis, de fondement.

M. Gros¹, anxieux de marquer la distinction entre la conciliation et l'arbitrage, voudrait faire participer les agents des Parties aux délibérations de la Commission de conciliation. J'y vois de grands inconvénients. Il va de soi que la Commission

¹ *Op. cit.*, p. 281.

pourra inviter les agents à participer aux discussions dans tous les cas où elle croit que leur présence sera utile. Mais la participation permanente aux délibérations de la Commission n'est pas de nature à favoriser la possibilité d'un accord entre les membres de la Commission. Les agents, de par la nature de leur mandat, s'efforceront toujours de maintenir les réclamations dans leur intégralité et leur présence dans la chambre du conseil pourrait souvent placer les membres « nationaux » de la Commission dans une situation délicate. Un rapport de la Commission, adopté à l'unanimité, est de nature à impressionner un gouvernement nonobstant l'attitude défavorable de l'agent qui n'a pu obtenir gain de cause dans toute la mesure désirée. A mon avis, il n'y a pas lieu de croire que la présence des agents dans la chambre du conseil faciliterait la bonne marche des travaux de la Commission.

Il n'y a pas de motifs suffisants pour prescrire d'une façon générale la publication du rapport de la Commission. La divulgation des concessions faites par les gouvernements en acceptant le rapport, peut provoquer des réactions dans certains milieux qui mettraient en péril l'application du rapport. Il dépendra de la loi constitutionnelle des deux pays si les gouvernements peuvent accepter les propositions sans avoir recours à leurs parlements. Des difficultés surgiraient si l'un des gouvernements était obligé de divulguer le texte tandis que l'autre s'y opposerait. Mais ce n'est pas une raison pour prescrire, dès le commencement, la publication. Tout en admettant que le développement du droit international et de l'organisation des relations internationales peuvent être servis par une pareille publication, il faut éviter tout ce qui freinera la volonté des gouvernements de recourir aux services des commissions de conciliation pour le règlement de différends qui ne peuvent trouver leur solution d'une autre manière.

Me basant sur les points de vue exposés ci-dessus, je voudrais donner les réponses suivantes à votre questionnaire:

1. Non. En vue de la variété d'aspects sous lesquels le problème se pose, il faut laisser une grande latitude à la prudence des membres de la Commission quant à l'exécution de leur tâche.

2. Non. On atteindra plus facilement le but par voie de conciliation en portant à la connaissance des Parties l'opinion émise par la majorité des membres sur les points contestés.

3. Oui. A cet égard il faudra suivre la procédure des tribunaux d'arbitrage.

4. Oui. C'est même nécessaire.

5. En général, oui, mais il dépendra des circonstances si cet exposé sera plus ou moins explicite.

6. Oui.

7. Il sera, en règle générale, opportun que la Commission, dans son rapport, tire des conclusions des enquêtes qu'elle aura instituées.

8. Oui.

9. Oui. Le but de la conciliation serait mal servi par la publicité des activités de la Commission.

10. Non. Voir mes observations ci-dessus.

11. Il serait peut-être utile d'aborder également la question de savoir s'il faut prévoir la conciliation obligatoire avant de soumettre un différend d'ordre juridique à un tribunal arbitral ou à la Cour. A mon avis, la réponse doit être négative.

12. Oui.

Veillez agréer, mon cher Collègue, l'assurance de ma haute considération et de mes sentiments cordialement dévoués.

J. P. A. François

5. Observations de M. Paul Guggenheim

Genève, le 15 décembre 1958.

I.

Mon cher Confrère et Ami,

J'ai d'abord à m'excuser de répondre avec retard à votre exposé préliminaire relatif à la conciliation internationale. Ce dernier est imputable à différents autres travaux, auxquels j'ai dû accorder la priorité. Avant de me prononcer sur les différentes questions que vous posez, permettez-moi d'exposer d'abord quelques considérations d'ordre général, fruits de mon expérience comme agent du Gouvernement suisse dans un différend qui a surgi entre mon pays et l'Italie au sujet de l'application aux ressortissants suisses (personnes physiques et morales) des impôts extraordinaires sur le patrimoine, décrétés par l'Italie en 1947. Ce différend a été porté devant la Commission de conciliation italo-suisse qui l'a examiné en 1956 à Aix-en-Provence. Le rapport et les travaux de la Commission seront probablement prochainement publiés, conformément à un accord entre les deux Gouvernements.

1. Je pense qu'il y a d'abord lieu de constater que les traités internationaux prévoyant l'établissement de commissions de conciliation sont susceptibles de servir à différents buts. J'en distingue au moins trois qui n'ont de commun que le désir de dégager la procédure de conciliation de toute influence politique, et de les voir aboutir après des investigations impartiales, à des propositions n'ayant pas un caractère obligatoire pour les Etats qui ont consenti à instituer la procédure.

a) En premier lieu la procédure de conciliation peut être établie sans corrélation avec d'autres procédures judiciaires ou

arbitrales. Elle tend alors — dans la plupart des cas — au règlement d'un conflit politique, non juridique, c'est-à-dire d'un différend — pour appliquer la forme quelque peu défectueuse des traités de Locarno de 1925 — dans lequel « les Parties ne se contestent pas réciproquement un droit ». Cette procédure peut être souvent considérée comme le prélude à un recours aux Nations Unies, particulièrement à celui qui est prévu au Chapitre VI de la Charte, qui mentionne la conciliation d'ailleurs explicitement dans son article 33, chiffre 1. Le Conseil de Sécurité a le pouvoir explicite indiqué à l'article 33, chiffre 2, d'inviter les Parties à régler leur différend par un tel moyen.

Je ne pense pas que l'Institut doive s'occuper de cette catégorie de la procédure de conciliation, bien qu'il y ait plusieurs précédents aux Nations Unies qui permettraient peut-être de dégager quelques grands principes.

b) La procédure de conciliation peut ensuite être réalisée dans le cadre du règlement des *conflits juridiques*, c'est-à-dire de différends dans lesquels la partie demanderesse fait valoir une prétention juridique, et ceci indépendamment du renvoi postérieur du litige à une juridiction arbitrale ou judiciaire. Bien que les traités de conciliation (exclusive) n'aient pas joué jusqu'à présent un rôle important dans la pratique du Droit des Gens, je pense qu'il n'y a pas lieu de les négliger complètement. C'est ainsi qu'il faut espérer que des traités obligatoires de cette espèce pourront être proposés dans un proche avenir à des gouvernements qui ne sont pas encore disposés à accepter la juridiction ou l'arbitrage obligatoires et qui ne veulent pas signer pour le moment la clause facultative prévue à l'article 36, chiffre 2 du Statut de la Cour internationale de Justice.

c) Enfin, il y a lieu de mentionner la procédure de conciliation qui est rattachée facultativement ou obligatoirement à la

procédure d'arbitrage et de juridiction. Ici la procédure de conciliation constitue dans l'esprit de ses auteurs la *première étape* dans la procédure judiciaire ou arbitrale. En principe elle se rapporte aux différends juridiques et justiciables. C'est cette procédure qui a donné lieu à une application pratique récente. C'est elle qui a été appliquée par exemple en 1955 entre la Suisse et la France et en 1956 entre la Suisse et l'Italie, comme je viens de le mentionner.

2. Je tiens encore à ajouter que je juge opportun de distinguer nettement la procédure de conciliation de la procédure d'enquête, comme par exemple celle qui était prévue à l'article 9 de la 1^{re} Convention de La Haye de 1907 et dont la mission consistait en premier lieu à établir la *matérialité des faits*. Bien qu'il existe une certaine tendance — dont votre rapport préliminaire est témoin — de confondre les deux procédures, celle d'enquête et celle de la conciliation, soit en conférant à la première des fonctions dépassant la simple constatation des faits, soit en confiant à la seconde des tâches qui sont essentiellement du ressort des commissions d'enquête, je suis de l'avis qu'il y a lieu de séparer nettement les deux institutions l'une de l'autre. Les commissions de conciliation ont la mission de *proposer* un règlement du différend, qu'il soit juridique ou non, ce qui n'est nullement l'objectif poursuivi par les commissions d'enquête. Cette différence de but doit se traduire dans une différence de procédure.

II.

Je pense que la procédure de conciliation doit s'adapter aux différents objectifs auxquels elle est appelée à servir. Ce qui vaut pour la procédure de conciliation qui a en vue de régler les conflits non juridiques — souvent le prélude ou la conséquence d'une discussion au sein des Nations Unies — n'est

pas sans autre applicable à la procédure de conciliation qui se rapporte aux différends juridiques et en particulier à celle qui est liée aux procédures arbitrales et judiciaires. A ce sujet il est important de constater que lorsqu'on examine les différents litiges soumis aux commissions de conciliation, il s'agit en général et à peu d'exceptions près de conflits d'ordre juridique qui auraient pu être soumis aussi bien à un tribunal arbitral ou à une cour de justice ¹.

La procédure appliquée n'a pas été très différente de celle à laquelle on se conforme devant les tribunaux arbitraux et les cours de justice. Après la procédure écrite avec deux ou quatre pièces d'écriture, la procédure orale peut être un peu moins formelle que la procédure ordinaire devant les tribunaux internationaux. Toutefois, il y a lieu d'attirer l'attention sur trois points qui marquent une différence fondamentale entre la procédure de conciliation de cette catégorie d'une part, et la procédure judiciaire et arbitrale de l'autre.

1. La procédure de conciliation est à un moindre degré formelle que les deux autres procédures mentionnées. A ce sujet je partage largement les vues de M. André Gros. La procédure de conciliation a pour conséquence que le contact entre les commissaires et les agents des Parties est beaucoup plus étroit que ce n'est le cas dans la procédure judiciaire et arbitrale entre juges et arbitres d'une part, et agents et conseils de l'autre.

La Commission de conciliation doit en outre procéder avec discrétion et ne faire connaître ses opinions qu'aux Parties en litige, sauf si ces dernières sont disposées à accorder de la publi-

¹ Voir pour l'époque d'avant 1954 P. Guggenheim, *Traité de Droit International Public*, 1954, t. II, p. 212, note 2; pour l'époque postérieure H. Wehberg, *Die Vergleichskommissionen des modernen Völkerrechts, Festgabe für A. N. Makarov*, 1958, p. 551 et suivantes, voir en particulier p. 567 et suivantes.

cité aux discussions devant la Commission, ainsi qu'aux propositions faites par cette dernière.

2. Les conciliateurs chargés d'élucider les points juridiques d'un litige doivent-ils se prononcer pour ou contre les conclusions et les thèses soutenues par les Parties? Ici aussi tout dépend de la volonté des Parties. Dans les trois litiges que le Gouvernement suisse a portés ces dernières années devant une Commission de conciliation, il a toujours désiré connaître l'opinion des conciliateurs sur les thèses juridiques défendues par les agents des deux Parties. L'opinion éclairée et motivée de la majorité et éventuellement aussi de la minorité des commissaires lui a permis d'apprécier les chances de gain ou de perte, dans le cas où le litige serait porté devant un organe arbitral ou judiciaire. L'exposé des motifs lui permettait en outre de mesurer l'étendue des concessions que lui suggéraient les commissaires dans les propositions finales. Enfin, la solution transactionnelle suggérée régulièrement par ces derniers, pouvait être ainsi défendue avec plus de facilité et de bonne conscience par le Gouvernement suisse devant les commissions parlementaires et les milieux intéressés. Il y a donc lieu d'insister pour qu'à l'avenir aussi la procédure permette aux commissaires de se prononcer sur les thèses juridiques des Parties, comme s'il s'agissait d'un différend devant un tribunal arbitral ou judiciaire.

3. Il me paraît enfin nécessaire que l'Institut envisage également un aspect de la procédure de conciliation qui est en général négligé lorsque la doctrine examine la mission de cette dernière. En effet, les commissaires sont souvent en mesure de suggérer aux Parties certaines solutions constructives qui ne sont d'ordinaire guère susceptibles d'être réalisées dans le cadre de la procédure judiciaire ou arbitrale. Ainsi dans l'affaire susmentionnée de l'impôt italien extraordinaire, les deux Gou-

vernements avaient discuté pendant de nombreuses années des projets de règlement quant à l'assujettissement des ressortissants suisses à cet impôt. Ces projets de règlement qui auraient dû prendre la forme d'une convention particulière ou être incorporés dans un traité en vue d'éviter la double imposition, n'ont cependant pas abouti, probablement pour la raison que ni le Gouvernement italien ni le Gouvernement suisse n'avaient des idées très nettes quant à la situation juridique de base, forcément le point de départ de tout règlement. Ce n'est qu'après que la Commission de conciliation eut élaboré à l'unanimité de ses cinq membres un rapport sur les questions juridiques, rapport plutôt favorable à la thèse juridique soutenue par l'Italie, que la même Commission a abouti à l'établissement d'un projet de réglementation. Ce dernier, habile compromis dû surtout à l'entente parfaite entre le commissaire italien et le commissaire suisse, tenant d'ailleurs largement compte des travaux préparatoires, a été ensuite adopté par les deux Gouvernements, ainsi que par le Parlement italien. Ce résultat n'aurait jamais pu être acquis dans le cadre de négociations directes.

La procédure de conciliation ouvre donc des perspectives inattendues. Le fait que des personnalités indépendantes se penchent sur un différend après que la négociation diplomatique est arrivée au point mort, entraîne la conséquence qui a été si bien définie par le Professeur Max Huber: « La conciliation permet de céder tout en laissant entière la question de principe »¹.

III.

C'est à la suite de ces réflexions que je me permets de répondre à votre questionnaire:

¹ *Feuille fédérale suisse* 1919, voir p. 809 et s.

1. Ma réponse est affirmative pour les questions 2, 3, 4, 5 et 9 avec une seule réserve: il doit s'agir d'une procédure de conciliation relative à un différend d'ordre juridique qui peut être porté devant un tribunal arbitral ou devant la Cour internationale de Justice. Pour l'instant je ne désire pas me prononcer sur les situations suivantes: procédure de conciliation concernant un différend non juridique et procédure de conciliation non suivie et non susceptible d'être suivie d'une procédure d'arbitrage ou de juridiction.

2. La procédure d'enquête (questions 6 et 7) devrait être examinée soit indépendamment, soit en fonction de la procédure de conciliation.

3. Je réponds négativement aux questions 8 et 10, en m'inspirant d'ailleurs de la pratique actuelle.

4. Je réserve entièrement ma position quant aux questions 1, 11 et 12, n'étant pas encore arrivé à me déterminer à leur sujet.

Veillez agréer, mon cher Confrère et Ami, l'expression de mes sentiments très dévoués.

Paul Guggenheim

6. Réponse de M. Edvard Hambro

Kraakenes i Fana, le 12 septembre 1958.

Mon cher Confrère,

Je demande tout d'abord que vous me pardonniez cette réponse si tardive aux questions que vous posez à la fin de votre rapport sur la conciliation si intéressant et si fécond.

Je dois dire que le rapport m'est parvenu avec beaucoup de retard à cause de ma présence en Amérique où j'enseignais à l'Université de Californie et à cause de plusieurs voyages que je fis.

J'ai été frappé par la manière pratique que vous avez de voir les problèmes, manière basée sur votre expérience personnelle en la matière. Et je tiens à souligner que je désire répondre aux questions d'une manière non définitive, étant donné que nous avons dans notre Commission, à côté de vous-même, d'autres collègues qui ont une expérience pratique. J'espère donc pouvoir me servir de cette expérience avant de me prononcer définitivement. Il me semble que là un échange de vues en Commission sera plus utile même que dans d'autres commissions.

Je dis cela surtout parce que j'étais un peu sceptique quant à l'utilité de la conciliation puisque les efforts de la Société des Nations n'avaient pas abouti à grand chose. Mais la lecture de votre rapport et aussi celle de la littérature indiquée par vous, et encore l'article magistral de notre Secrétaire général dans la *Festgabe für A. N. Makarov*, m'ont donné l'impression que la conciliation peut être très efficace et surtout qu'on ne doit négliger aucune procédure qui pourrait être utile entre les Etats, groupements politiques plutôt hostiles.

Voici mes réponses à votre questionnaire:

1. Je ne suis pas sûr qu'une précision serait utile, étant donné la diversité des faits et des situations juridiques devant lesquels peuvent être confrontés les conciliateurs. Peut-être serait-il plus prudent de se contenter de rappeler que la tâche de ceux-ci est de concilier et, partant, que les conciliateurs sont plutôt des diplomates ou des hommes d'Etat que des juges.

2. Je suis entièrement d'accord. Je trouve cela même essentiel. La Commission de conciliation n'est pas un tribunal. Elle

doit se garder de toute attitude qui pourrait geler le conflit. Elle ne doit pas prendre position d'une telle manière que son « opinion », « décision » ou « avis » sur un point litigieux puisse devenir un document important dans une procédure ultérieure. La procédure devant la Commission doit plutôt être considérée comme un aspect des négociations diplomatiques dont on ne peut pas faire état plus tard.

3. Oui. Il faut chercher une procédure qui donne la garantie que les membres de la Commission ont eu la possibilité de connaître tous les faits et de peser toutes les considérations juridiques et politiques.

4. Oui.

5. Oui. Je trouve que cela découle des considérations mentionnées au point 3.

6. Oui.

7. En principe je suis d'accord. Cependant on ne doit pas exclure la possibilité pour les Parties de décider que la Commission pourrait se transformer en commission d'enquête pure et simple si les membres constatent qu'ils ne peuvent pas réussir comme commission de conciliation. Même une constatation de faits peut être très utile comme base des négociations ultérieures.

8. Oui.

9. Oui. Je trouve cela essentiel.

10. Je suis très indécis. J'aimerais laisser cette question sans réponse jusqu'à ce que j'aie eu le privilège d'écouter mes collègues qui ont une expérience en la matière. Mon premier penchant est plutôt de demander une discrétion absolue sauf si la conciliation réussit.

11. Ne doit-on pas inclure la composition de la commission dans nos délibérations? Doit-on avoir des commissions permanentes ou *ad hoc*. Doit-on prévoir des experts, des assesseurs?

12. Je crois qu'une nouvelle codification est plus élégante et plus claire que des amendements à la Résolution de 1927.

Veillez agréer, mon cher Confrère, l'expression de ma haute considération et de mon dévouement.

Edvard Hambro

7. Observations de Mr. Philip C. Jessup

New York, October 27, 1958.

Dear Professor Rolin,

I apologize for my tardiness in sending you certain observations on the subject of international conciliation which is to be considered by the Thirtieth Commission of the *Institut* under your direction as Rapporteur. If this letter reaches you too late to be taken into consideration in your next report, please disregard it.

In general it seems to me that any useful report on conciliation must take into account the enormous difference between the situation today and the situation in the 1920s when the *Institut* last considered the matter. That was an era when general treaties were being concluded by many states with a view to pacific settlement. Various types of bilateral commissions designed to aid in pacific settlement were being established on a permanent basis. Many (probably most) of these have never functioned. Their vacancies frequently remained unfilled. They have not served a vital function in the

general system for the maintenance of peace although in particular instances they have rendered valuable service. Where they have been of special utility seems to have been in differences between generally like-minded states who might have been expected to have found satisfactory procedures for pacific settlement even in the absence of pre-agreed procedures. No doubt pre-agreement was useful; it may not have been essential.

In the second place, the development of the procedures of the United Nations has made a great difference. Discussions in the Security Council or in the General Assembly may have been utilized in place of resort to bilateral conciliation. Recommendations of the Security Council or of the General Assembly may now serve the purpose previously served by conciliation commissions. Nevertheless, the Interim Committee of the General Assembly attached importance to the perfection of subsidiary means for pacific settlement. Unfortunately its recommendations have not been widely heeded. Nor has the 1949 revision of the General Act been widely ratified.

Under these circumstances, it seems to me that the most useful service which the *Institut* can perform is to indicate to states the simplicity of conciliation procedures. They should have a minimum of formality and little rigidity. Procedural devices which experience has proved to be useful should be recommended, not required. The parties should always be free by mutual agreement to change any predetermined rule. The greater the simplicity and the greater the flexibility, the greater the political probability of accepting an obligation to resort to conciliation. Once conciliation has begun, it is more fruitful to depend upon the skill of the conciliators than upon fixed rules and procedures.

I realize that yourself and other members of the Thirtieth Commission have had distinguished practical experience in

conciliation and I would wish to defer to the judgment of experience. Yet I do not find in your *Exposé préliminaire* views which seem to be wholly opposed to what I have stated.

Turning to your specific questions, I would answer the first in the affirmative but in the light of what I have stated above.

On the second question, I would merely say that I think it would be a mistake to emphasize majority decisions; the objective is the agreement of the parties and disagreement among the conciliators will frequently indicate that the parties will not be in accord.

I answer the third question "yes".

Questions four and five seem to me to warrant a qualified affirmative; much will depend on the circumstances but many possibilities should be left open.

It seems to me it would be useful to follow the procedure suggested in question six, and I would answer number seven in the affirmative.

I am doubtful about number eight but I am sure that number 9 should be answered "yes". As to number ten, I am dubious about encouraging such unilateral action which may not be conducive to the ultimate settlement of the controversy.

In response to number eleven, I would merely say that I think one should pay close attention to the developments in United Nations practice and that perhaps in the future more use can be made of such officials as the President of the General Assembly (mentioned in the 1949 text of the General Act) and of the Secretary General whose role in such matters has greatly increased in recent years.

As for your final question twelve, I am inclined to think that in view of the changes which have taken place in the last thirty years, the work of the Commission should take the form of a new resolution. I am sure that under your expert guidance, a fruitful result can be presented.

Please accept my renewed expressions of regret for my tardiness and of admiration for the analysis which you have laid before the Commission.

Sincerely yours,
Philip C. Jessup

8. Observations de Lord McNair

New York 3, N.Y., August 25, 1958.

Dear Professor Rolin,

I have now examined your very interesting and comprehensive *Exposé préliminaire* on conciliation and find myself in general sympathy with your views on the matter. Before I attempt to answer your *questionnaire*, I venture to make a few general remarks.

A. In my opinion, the essentials of the success of conciliation as an instrument for the settlement of disputes are

flexibility;
informality;
secrecy during the continuance of the process.

I consider therefore that any formulation of rigid rules would be a mistake, though it may be useful to make some suggestions for the consideration of the members of a Conciliation Commission. The main object must always be to settle the particular dispute referred to at the Commission, unlike the case of an *affaire*, where a tribunal must also bear in mind the development of the law.

B. It is essential to success that everything said, written or done by the parties to the dispute during the conciliation should

be said, written or done *without prejudice* — an expression for which I find it difficult to find a French equivalent. In England when two parties to a dispute or to an actual legal proceeding are trying to negotiate a settlement, their letters, or the letters of their legal advisers, are marked as being written *without prejudice*. That means that, if the parties fail to arrive at a settlement and the case has to be fought to a finish in the courts, these letters cannot be invoked and used against a party to show that he was willing to make an admission or a concession to his opponent. Without this protection it is practically impossible to negotiate freely. In my opinion this is especially true of conciliation, and the members of a Conciliation Commission ought at the beginning to obtain from the two parties to a dispute an undertaking that they will not use the proceedings of the conciliation, or any statement made by a party in the course thereof, in any subsequent arbitral or judicial proceeding.

C. Secrecy during the continuance of conciliation is now more important than ever, because during recent years the representatives of the newspaper press have shown greatly increased skill in obtaining information and giving publicity to it, whether it is in the public interest that this should be done or not. It is impossible for democratic governments to negotiate in public. There is another aspect of secrecy; the nature of the dispute, or of some of the circumstances which surround it, may be such that both parties, or at any rate one of them, may for a variety of reasons desire to avoid publicity.

Answer to Questionnaire

1. I have no objection to the formulation of a few recommendations provided that it is made clear that they are merely

suggestions and are not rules governing the process of conciliation.

2. I see no objection to the discussions of the conciliators resulting in the revelation of the opinion of the majority, but I do not think that this should be their main objective. Where, as usually happens, the Commission contains representatives of the parties, it may be useful for them to learn what the view of the majority of the Commission is, or is likely to be, because they can infer from this opinion what the prospects of the parties would be if the conciliation failed and the question was referred to judicial or arbitral settlement.

3. Personally, I should always wish to hear an oral exposition of the views of the parties before forming my own view.

4. I think that the Commission should be free to do this or not to do it, and I would not formulate any rule on this point.

5. I would not formulate any rule on this point.

6. If it becomes necessary to take evidence from witnesses, I consider that it should be embodied in a *procès-verbal*, because the witnesses might die or disappear before the dispute is disposed of. If the attempt to conciliate the parties should fail, and the dispute should thereafter be referred to arbitration or judicial settlement, the *procès-verbal* of the evidence of a witness who has died or disappeared should be made available for that purpose.

7. I consider that the Commission should be free to decide this question itself.

8. Yes, but there should be no publication without the consent of both parties.

9. Yes.

10. There should be no publication without the consent of both parties.

11. No.

12. I consider that the better course would be to revise the Resolution of the Institute of 1927.

Yours sincerely,

McNair

9. Réponse de Mr. Julius Stone

Sydney, 17th December, 1958.

QUESTION 1. Yes.

The comments supporting the answer follow.

(a) *Reason for Reconsideration of the Principles of International Conciliation.* It would be of value to describe carefully the limited objectives of the function of conciliation, as a form of third party reference stopping short of decision. A description of these objectives would include a statement of the principles which should guide the attitudes and procedures of conciliators. For example, the principles of impartiality and good faith apply to this as to other modes of peaceful settlement of disputes. Yet it needs to be understood why these duties do not, contrary to what is the case in third party decision generally, warrant the making of judgments as to the merits of the respective causes, except insofar as this may promote terms of settlement mutually acceptable.

This Writer agrees with the Rapporteur that a main reason for making such a re-formulation is to encourage the use of

international conciliation in appropriate cases, substantial experience having become available since its last consideration by the *Institut* in 1927. In particular, it may be important today to avoid possible confusion of the methods and aims of conciliation with those of arbitration and judicial settlement, during a period (as at present) of State reluctance to resort to these latter¹. In addition, the informality desirable in conciliation procedures may add importance to a formulation which makes clear that informality is not to be confused with laxness or irregularity in the rather delicate operations of the machinery of conciliation.

It is respectfully believed that the above reasons suffice, without placing too sanguine hopes on the possible contribution of any *Institut* project to the *détente* of "East-West" relations, at any rate if this refers to Soviet-Western tensions².

(b) *General Conception of the Conciliation Process.* No doubt there are several aspects of the conciliation process on which different minds would lay different stress. The Rapporteur says that "*la Commission de conciliation se trouve le plus souvent . . . dans la position d'un avocat consulté par un client sur l'opportunité d'intenter un procès, ou de l'éviter par une transaction*". This is no doubt an accurate description of the attitude of some disputant States and many lawyer conciliators. It may be diffidently questioned, however, whether the model of the preliminary conference of client with learned counsel to discuss whether litigation should be initiated is a desirable model for international conciliation.

¹ Cf. H. Rolin, *L'Heure de la Conciliation...* (1957) 3 *European Yearbook*, 3, 7-8.

² Cf. F. M. van Asbeck, "*La Tâche et L'Action d'une Commission de Conciliation*" (1956) 3 *Nederlands T. Int. R.* 1. at. 9. But see H. Rolin, *op. cit.*, 17-18.

Ordinarily there is for international disputes no alternative of compulsory resort for judicial determination; nor any assured means of public enforcement of a prospective judgment. In many instances the purpose of the resort to conciliation is to remove the controversy from the level of legal argument altogether, either because the law is viewed as unsatisfactory by one or both sides, or because the claimant State recognises the difficulty of effectively vindicating its rights under it. In these conditions the conciliator's position is nearer that of an *amicus* of both Parties in a "social" dispute (in which nevertheless legal rights may be one component), than to that of a legal counsel of either Party in a dispute concerning legal rights. It follows also that clarification of the legal position by the conciliators should rarely rise above a very secondary role, except in the unusual case of an open flouting of clear legal rights without claim of justice, by a party who is subject to the compulsory jurisdiction of a tribunal of law in case the conciliation fails. Not only therefore is conciliation as a method of peaceful settlement of international disputes essentially different from the methods of judicial or arbitral settlement of these disputes. It also cannot be reduced to a mere preliminary conference of private client, with, counsel centred as the latter is upon the strength of the client's legal rights. The advanced condition of the administration of justice gives assurance, on the municipal level, that those rights if clear will be vindicated by a judicial judgment and executive enforcement of the judgment. That is not the ordinary position between States which agree to conciliation.

(c) *Role of Clarification of the Legal Position.* Naturally, conciliators must be informed about any legal controversies involved in the dispute in order to understand each Party's overall position, and what sacrifices or gains for each Party

particular solutions will involve, and also because that legal position may also sometimes give indications of the lines of acceptable adjustment. All this, however, stops short of placing the conciliator in an analogous position to that of counsel advising a private client in a municipal system whether his case is strong enough to litigate, or so risky that he ought to seek a "settlement". It is but a minor part of the conciliator's task to form an opinion of the legal merits; and it will rarely be the wisest course to offer a solution on that basis. Basically the conciliator is concerned with the legal position only so far as relevant to gauging the likely resistance of the Parties to various proposed solutions; it being his main function to reduce this resistance through properly exercised suggestion and mediation. Proposals may be proper even though they contradict the solution, which a court of law might have had to reach. It may be precisely for cases where one State's legal rights are for one reason or another so oppressive to another as to provoke repudiation or resistance, that conciliation (like the International Court's little used power to decide *ex aequo et bono*) may aid the Parties to overcome the obstacle created by the legally strong position of one Party. The tasks of conciliation thus include that of the aiding States to reach agreed adjustment of legal rights in the absence of any effective international legislature.

In the present view the correct spirit and emphasis is well stated by M. Wehberg when he says ¹.

¹ H. Wehberg, "Die Vergleichskommissionen im modernen Völkerrecht", (1958) 19 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 551, 590: "Für Parteien, die sich vor einer Vergleichskommission begegnen, kommt alles darauf an, ein annehmbares Vermittlungsangebot zu erhalten. Die Wahrscheinlichkeitsrechnung der Aussichten eines eventuellen Prozesses sollte möglichst nicht in den Vordergrund gestellt werden."

QUESTION 2. Yes.

This Writer agrees in general with the concept of conciliation as envisaged by André Gros, and quoted by the Rapporteur, with supplementary observations added by the Rapporteur. He recognises also that the conciliation does not depend for success on decisions or even recommendations by the authority of the conciliator, but on bringing the minds of the disputants to meeting point on the issue in conflict. What is decisive is the leading of the minds of the disputants to a recognition of the circumstances as seen by the other side as well as by itself, rather than in any majority or even unanimous view of the Commission. It is recognised that awareness by one or both of the Parties of the tendencies of the Commission's views on the merits of the point at issue may, in particular circumstances, stimulate them to more objective attitudes, from which a meeting of minds may be easier. But unless, either in the submissory convention, or by later agreement, both Parties request the contrary, the considerations under Question 1 indicate that the Commissioners' views should not be made known. Where the Parties do so request, I agree fully with the Rapporteur's view that the conciliator's functions should be regarded as including the provision of guidance to the Parties, after fully hearing them, as to what might be a reasonable accommodation of their conflict.

Insofar as the above view is taken there also seems good reason for the conciliators to refrain from pushing their delibera-

And I agree *a fortiori* with that learned authority that: "Empfehlenswert ist es, wenn die Parteien von der Vergleichskommission kein Gutachten über Rechtsfragen verlangen. Es könnte sonst dahin kommen, dass die Vergleichskommission ihren eigentlichen Charakter als Vergleichskommission verliert."¹

¹ *Ibid.*

tions *inter se* to the point of division unless, as above indicated, the Parties so request.

QUESTION 3. Yes.

This question appears to have two aspects, to both of which an affirmative answer is given, to the latter, however, with great doubt. First whether the conciliators should formally hear each side before making their proposals; and second, whether if so these hearings should be held "*contradictoirement*".

(a) *Hearing of Each Side.* As to the first aspect it would clearly help the conciliators to achieve a full understanding of the points at issue, as well as of the attitudes of the disputing Parties, to hear the strongest arguments that the Parties can marshal. It would also assure Parties that their cases will be explained in the completeness desired by them. Even if formally the best solution of the dispute could be discovered without hearing the representatives of the Parties, this solution would have less chance of mutual acceptance. This is the sociological gist of the maxims *audiatur et altera pars*, and that "justice ought not only be done but ought also appear to have been done". This also conforms to the main objective of promoting a meeting of minds. For the cathartic benefit of encouraging the Parties to express themselves fully, outweighs any sharpening of the issues which may result from these expressions.

(b) *Hearing Contradictoirement.* As to the second aspect of the question, whether the Parties' submissions should be heard *contradictoirement*, the case for an affirmative answer is not quite as strong. Certainly it is correct to say with M. Wehberg that clarification of the legal and factual situation with the cooperation of the agents is necessary, even at the cost of a

¹ *Op. cit.*, 589.

degree of exaggeration in the presentations of the two sides. Yet is it still believed that this cooperation should not be expressed by a procedure formally *contradictoire*. Such a mode of procedure, for one thing, may tend to subordinate other aspects of the dispute to the legal aspect, insofar as Parties would tend to appoint lawyers to present their cases, overlooking other aspects of the agent's personality which M. Wehberg¹ himself has well stressed as essential to success in conciliation. And generally there might be a tendency for procedures to become more technical, and less flexible and adaptable. In addition it may be said that to proceed *contra-dictoirement* would tend to sharpen the issues between the Parties to a degree not balanced by any special advantages. As M. Wehberg also observes² it is essential to maintain the intimacy of a procedure in which agents and commissioners sit side by side to facilitate "calm discussion" away from the glare of publicity. And it is a scholarly understatement to say, with the same writer, that "a conciliation procedure between adversaries who oppose each other in exasperation would seldom be successful"³. It would also tend to exaggerate the tendency, which ought rather to be carefully guided and controlled, to cast the conciliators' work into arbitral shape, with accompanying arguments concerning evidence, the distribution of the burden of proof, etc., which are not really applicable to the tasks of conciliation.

QUESTION 4.

It is assumed that this question asks whether it should be *permitted* to the conciliators ("... *la Commission peut...*")

¹ *Op. cit.*, 587.

² *Op. cit.*, 585-586.

³ *Op. cit.*, 586.

to transmit their proposals in writing. Generally, as has been said, procedure should be as informal as possible; more particularly, each phase should (in case it fails) impair as little as possible the chances of success of a later phase. Bearing in mind this principle, it is the present view that while conciliators should be at liberty to transmit proposals in written form, they should only do so where this promises some *special* advantage. No such advantage can be taken for granted. For even if proposals were only orally communicated, if they were agreed by the Parties, they could *then* be reduced to writing. If they were not agreed by the Parties the fact that they were oral merely would have the advantage that no record of the conciliator's views would exist to harden the attitude of one or the other side, and possibly impede further efforts at settlement.

This rather than the possibility that a court or tribunal may later give weight to the written proposals, is why the present Writer does not favour the submission of proposals in writing for the consideration of the Parties. In legal strictness, of course, the content of such proposals whether oral or written would be of no authority whatsoever in any later proceedings. But where the conciliator does, in his discretion, submit the proposals in writing (as did M. van Asbeck in the recent Franco-Swiss Conciliation) it may be appropriate as M. Wehberg observes (though possibly only *ex majore cautela*) to add a provision that the proposals shall not prejudice the legal position of either Party, or be invoked in any litigation which eventuates¹.

QUESTION 5. Yes.

The objection to the transmission of *proposals* in writing does not apply to the making of a careful written analysis of the

¹ Wehberg, *op. cit.*, 593.

opposing theses and the arguments in support of each. On the contrary, such a written analysis has certain advantages, and I agree entirely with the Rapporteur's reasons for holding that it should be permissible to reduce the report to writing, and communicate it in writing to the Parties. I respectfully agree also with the Rapporteur's observation that it is difficult to see how the usual number of five conciliators could agree on a report without reducing it to writing.

I would add the following observations. First, such an analysis should assure each side that its thesis and arguments have been carefully followed by the conciliators. Second, insofar as these might seem unconvincing as rehearsed and analysed by the impartial conciliators it might gently suggest to the Party that its position needs rethinking, and possibly revising. Third, it might, by helping both Parties to assess more objectively and more calmly the merits of their cases, operate beneficially in any further steps which they may take on the matters at issue.

In any case failure of a particular conciliation process does not mean the end of the matter. It may be followed by reopening of direct negotiations, by resort to arbitral or judicial settlement or renewal of conciliation procedures. If the Parties are given an impartial and conscientious analysis of the positions they have presented, they are encouraged to attend to any weaknesses revealed, either by improving the arguments for their claims, or by modifying the claims themselves. And this may be achieved under the present head without reducing to writing any *conclusions* or proposals of the conciliators as such.

QUESTION 6. No.

It is believed that the decisive principle here is again that of maximum informality and flexibility, and in particular the

avoidance of methods which would burden later phases of the process with the failures, embarrassments or disappointments of the earlier. It is thought that conciliators should generally be able to perform their main functions (not decision of issues, but rather *rapprochement inter partes*) without keeping formal *procès-verbaux*. (This is not inconsistent, of course, with the recognition that in matters of complexity during a case it may be necessary to make or cause to be made a suitable *memorandum* in the literal sense.)

The Rapporteur has preferred that view of Article 15, para. 2, of the General Act which regards it as designed merely to guard against a later court or arbitral tribunal being influenced by some opinion expressed in the final *procès-verbaux*. He accordingly does not regard Article 15 as carrying any implication as to whether there should *procès-verbaux* of interrogatories or *constatations matérielles*. The present answer to Question 6 proceeds on the broader view that restraint in making *procès-verbaux* (of which Article 15 is only a particular instance) is directed to promoting willingness to resort to conciliation, and the frankest possible communication during that process itself; so that Parties are not inhibited in considering proposals or making concessions by fears that improper advantage will be taken of their present attitude in later phases, or different contexts. This policy, moreover, operates whether the particular conciliation succeeds or fails.

It is believed that the above considerations override the undoubted conveniences stressed by the Rapporteur of drawing up *procès-verbaux*, especially in the contingency of witnesses dying or becoming otherwise unavailable. This is an important matter for which however, other provision should be made without jeopardising the principles of conciliation. And while it is, of course, not possible (as the Rapporteur also observes) to prevent the making of memoranda by or on behalf of the

Parties, if these so desire, this practice should also not in the present view determine what is the wise procedure of the conciliators themselves. The essential point lies not so much in secrecy, as in the absence of a formal permanent record by reason of which a Party might fear that he would be committed.

QUESTION 7. No.

Fact-finding must inevitably involve some degree of drawing conclusions from evidence available, and in some cases these implicit conclusions may give vital indications to the Parties. I agree with the Rapporteur, however, that the *constatation des faits* can and should stop short of any *explicit* drawing of conclusions, and *a fortiori* from evaluation of the facts in terms of the final overall merits of the respective cases. It must respect the principle, in Wehberg's¹ words, that it is not the conciliator's role to pass judgments on either the facts or the law. Clarification of the facts is only one path, though of course an important one towards the goals of mediation.²

Principles of restraint and tact for drawing the lines indicated can scarcely be fully stated out of the context of the particular case. The Line is to be drawn by the conciliator in the particular case, in awareness of his own limited role, the nature of the contention, and the postures of the Parties. Here, especially the qualities of intellect, judgment and personality of the conciliator, and his aptness for the particular case, are likely to be more decisive than any principles which the *Institut* might formulate. (In this respect the ideal functioning of conciliation seems a little at odds with proposals for standing commissions with stable personnel. These would prevent the careful choice

¹ *Op. cit.*, 588.

² *Id.*, 591.

of personnel in each case with a view to matching the personalities of the conciliators with the nature of the particular problems.)

QUESTION 8. Yes (*sub modo*).

It is assumed that Question 8 has reference to a case which has ended successfully in agreement by the Parties on a proposal made by the Commission. On that assumption the answer to the preceding Question 5 has already given reasons for holding that there is a balance of advantage in giving the Parties, if the conciliators think fit, a written report analysing the respective theses and arguments.

On that assumption, also, it seems difficult to see why each Party should not have the text of the proposals to which they have agreed, presumably in oral negotiation. It is rather difficult to see how this could be avoided, for presumably the exact terms of the proposals will have to be available to the Parties in order for them to be carried out.

As to the case in which the conciliation has failed, I respectfully share the learned Rapporteur's view that: "*si la conciliation échoue, il n'y a pas lieu de consigner dans le procès-verbal final ni dans un autre document officiel les termes du règlement que la Commission a pu être amenée à proposer aux Parties.*"

It is true that the views of the commission may be valuable for the Parties even after the failure, as a guide in further negotiations or attempts at conciliation, when political conditions or even governments may have changed. I believe however that this advantage must be foregone, in order to free the Parties from any fear that there may be a *détournement* of the consequences of conciliation beyond the particular submission. My reasons are more fully stated in the answer to Question 6.

QUESTION 9. Yes, unless not only the Parties but the commission agree that public proceedings are desirable.

It is stressed that this matter should not be merely at the discretion of the Parties, since there are ample other kinds of process which will ensure publicity to the proceedings. What is aimed at in conciliation, as M. Wehberg¹ observes, is intimacy of calm discussion by agents and commissioners around a table, away from the glare of publicity. If Parties desire such publicity for conciliation proceedings, their purpose is too likely to be that of political propaganda rather than reconciliation. While they are free, of course, to set up a commission for the former purpose, the *Institut* should not cater for it in any general regime which it recommends. (Different considerations apply in collective conciliation by organs such as the old League Council, and the United Nations Security Council. But in the individual conciliation process here in question the pressure of publicity would embarrass and impede the conciliator's function.) Since, moreover, the rights and duties of the Parties are not passed upon by commissions of conciliation, there is no need for public surveillance to protect the integrity of the process, or to prevent abuse of power.

QUESTION 10.

As to the *procès-verbal final* of the mere fact that the dispute has or has not been settled by the conciliation, Question 10 is answered in the affirmative. As to the other documents mentioned the answer is negative, except if, and to the extent that, both Parties agree.

It is of course appreciated, as M. Wehberg² has well stressed that reports, and other documents of conciliation commissions,

¹ *Op. cit.*, 585-586.

² *Op. cit.*, 593.

may be of considerable value as a source of experience and insight for conciliators and agents in other disputes, in the same way as are the pleadings and reports of court cases for later judges and counsel. The value of this analogy should not however be exaggerated. Save as to the *modus procedendi* (which in the present view should in any case also be as informal as possible) a conciliator is not concerned with the actions of his predecessors from the point of view of their authoritative or even persuasive force. They are for him merely samples of constellations of circumstances in which particular kinds of approaches have succeeded or failed. For the rest, they have value in the sense only that the history of international conflicts generally have value, as a necessary supplement to the conciliator's personal experience and a basis of sophisticated approach to his unique labours in the instant case.

All this, however, is very much short of saying that it is either possible or desirable to build up, as it were, a body of *jurisprudence* of conciliation commissions. And I agree, too, with M. Wehberg's¹ own observation that while the use of the conciliator's clarifications of fact and law, in a later *lis* on the same subject, cannot be excluded, such use must be recognised as a misuse.

A more important disadvantage of the present negative answer is the deprivation inflicted by failure to publish upon sociological study of the conditions in which international conflict can be reduced, contained or removed by methods short of violence. It is believed, however, that this loss can be sufficiently mitigated by the appearance of scholarly studies, by persons familiar with conciliation, marshalling and interpreting their experience and insights either in general, or (with the Parties' consent) more particular, terms. This is not

¹ *Op. cit.*, 589.

too different from the use by medical practitioners, in published works on diseases, of the experience and insights gained from treatment of patients, without divulging the identity of the patients concerned. Admittedly there are additional difficulties with respect to international conciliation, because the paucity of cases hitherto both limits the experience of any particular author, and removes any anonymity of the cases. The growth of a body of published knowledge in the field of industrial conciliation, at any rate, suggests that this is not necessarily—always based on formal publication of reports etc. of particular cases.

The Rapporteur has also pointed out that the prohibition of publication of the report by one Party, without the consent of the other, may embarrass the former in executing the settlement, by depriving it of the means of explaining matters to its parliament or public opinion. And this is correct though, of course, a government would not be forbidden by the rule to draw up *its own report* of the proceedings for this purpose.

QUESTION 11.

Other Aspects of Conciliation. It is assumed, in the answers to the above Questions, that Commission XXX is concerned with international conciliation in the sense in which (along with the function of inquiry) it was projected after the turn of the century as the function of specialised institutions, consisting usually of national commissioners on each side and an independent chairman. It is in this sense that there is to be read the Rapporteur's observation that until the elaboration of the proposals of the *Institut* in 1927 "*la conciliation n'avait guère été expérimentée*". The 1927 *Institut* Resolution, and the

General Act of 1928 (revised in 1949) are perhaps a high point in this specialised institutionalisation of conciliation¹.

The mediatory or conciliatory functions for which such commissions are specialised institutions were, of course, carried on in a variety of ways before 1927, and have continued to be so carried on since. Moreover, under the League of Nations formerly, as now under the United Nations, the Councils of those respective bodies have been charged *inter alia* with functions similar in nature, but executed (as it were) collectively on behalf of the whole organisation of States. The term "collective conciliation" has, indeed, been applied to such functions; and they must, for proper appreciation, be seen as an undifferentiated part of the responsibility of such organs for maintaining and restoring international peace and security. For this reason, as well as because of the "collective" nature of the action, the principles there involved are not always the same as those of specialised conciliation commissions. Indeed, in some respects, as M. Wehberg² also observes, the principles involved may be quite different, and even conflicting. Thus the use of pressures, both through publicity, and through the prestige of committees representing several (often major) Powers, has been a regular feature of "collective conciliation"³. Such features are quite inappropriate for the specialised international conciliation commission discussed in the *Exposé Préliminaire*.

It is presumably for reasons of this kind, and correctly, that the *Institut* has limited its present attention to institutionalised

¹ See the brief historical accounts in H. Wehberg, *op. cit.*, and H. Rolin, *L'heure de la Conciliation...* (1957) 3 *European Yearbook*, 3-7.

² *Op. cit.*, 553, 567.

³ Stone, *Legal Controls of International Conflict* (1954), 171-73; *id.* *International Guarantees of Minority Rights* (1932), 84-126, 208-246; *id.* *Regional Guarantees of Minority Rights* (1933), 163-201, 206.

conciliation as above understood. It is also in this direction that there lie the best hopes of contributing to international peace, so far as this may be done by a formulation concerning specific modes of peaceful settlement. The value of the *Institut's* work might even be increased if it were able to add to any project some sound indications concerning the kinds of disputes most likely to prove amenable to the conciliatory process. In this connection the value of the analogy of industrial conciliation for international purposes may have to be carefully assessed.¹ And presumably any available results of other current Projects, such as the "Case Studies in Conflict" of the Carnegie Endowment for International Peace, may have a definite bearing on the later work of the *Institut* on this matter.

Finally, according to the view that is taken of the nature and conditions of success of the conciliatory function, it might be necessary to consider what kind of standing régime for international conciliation the *Institut* should recommend. Should it be essentially only a framework of machinery and procedure with a panel of persons qualified to act as arbitrators on the analogy of the Permanent Court of Arbitration? Or should some kind of Standing commission or commissions with stable personnel be recommended, especially with a view to promoting greater accumulation of expertise of conciliators in their function, and greater continuity in the succession of skilled conciliators? And, in view of the dependence of success on the final *rapprochement* of the Parties' attitudes in the particular dispute, is anything to be gained by promoting further "compulsory conciliatory jurisdiction", that is, advance agreement to submit future disputes, whether bilaterally or multilaterally?

¹ See E. Jackson, *Meeting of Minds* (1952) *passim*, and notes in Annexure hereto.

QUESTION 12.

It does not seem to be of great importance whether the conclusions of Commission XXX are presented as a *projet* of a new resolution or as a revised version of the 1927 Resolution. If the resolution as finally drafted turns out to involve any radical departure from the assumptions of the 1927 Resolution, it may be better to draft it as a *projet* for a new resolution. If it does not it would correspond to the continuity of the work of the *Institut* to draft it as a revision of the earlier Resolution. That there will be some continuity of thought between both Resolutions is certain; and in either case, the relation between the two resolutions can be the subject of comments attached to the draft.

Julius Stone

Annexure to answer of Mr. Julius Stone to question 1

Some suggested points of relevance in the literature
on industrial conciliation¹

(1) On parallelisms between labor relations within States and international relations among States: P. C. Jessup, *A Modern Law of Nations* (1949), 7; E Jackson, *Meeting of Minds* (1952), xii-xiii, 157, and *passim*, R. W. Mack and R. C. Snyder, "The Analysis of Social Conflict..." (1957), 1 *Conflict Resolution* 222, 236, 239-240; H. Duncan Luce and H. Raiffa, *Conflict Collusion and Conciliation* (forthcoming 1958, publ. Wiley & Sons, N. Y.) And see generally C. Kerr, "Industrial Conflict and its Mediation" (1954) 60 *American J. of Sociology*, 230; A. Kornhauser, R. Dubin, and A. M. Ross, *Industrial Conflict* (1954); A. M. Rose and C. B. Rose, "Inter-group Conflict and its Mediation" (1954) 6 *International Social Science Bulletin*, 196-199.

¹ These suggestions are intended as illustrative only and not exhaustive.

It may be noted also that Dr. Ann Douglas, of the Department of Political Science of Northwestern University, is engaged on a study at United Nations Headquarters on the extent to which the conclusions of method and substance, drawn from industrial bargaining, are relevant to inter-nation bargaining.

(2) On the essential individualisation of approach of a mediator handling a complicated dispute, and the large number of varying factors in each conflict situation which makes any systematic study a hazardous task (E. Jackson, *op. cit.*, xvii, R. W. Mack and R. C. Snyder, *op. cit.*, *passim*.)

(3) On the importance of the Parties' confidence in the wisdom and impartiality of the proposed mediator, and in the arrangements for his selection. (E. Jackson, *op. cit.*, 25.)

(4) On variation desirable in mediating personnel and procedures, according to the peculiarities of each dispute. (*Id.* 25, 126, R. W. Mack and R. C. Snyder, *op. cit.*, 240-241.)

(5) On the qualifications of a successful mediator, e.g.: (a) personal knowledge of the industry, of the history of its labor relations, and a sympathetic understanding of the issues; (b) ability and experience in quick analysis both of factual and human data; (c) tact and patience, tempered by a talent for timing successive phases of the procedure; (d) a fertile and imaginative mind for devising alternative solutions; (e) ability to present alternative solutions in a way which will permit the Parties to accept them as their own rather than as the mediator's idea. (E. Jackson, *op. cit.*, 26, 155, R. W. Mack and R. C. Snyder, *op. cit.*, 245.)

(6) On the policy of turning back a dispute (or particular points in it upon evidence of insufficient bargaining, for further exploration by the Parties, as a part of the tradition of mediation. (E. Jackson, *op. cit.*, 27.)

(7) On the policy and techniques of allowing the Parties' emotions to cool down. (*Id.*, 31.)

(8) On the cathartic value of the presentation by the Parties of their respective positions, and the assurance that they have been understood; and the difficult line between this and the hardening of the Parties' attitudes caused by the too formal statement or reiteration of the respective theses and arguments. (*Id.*, 31, 32, 89, 137.)

(9) On the objective of bringing the Parties' minds away from their first positions to an understanding of the facts on both sides and to a final feeling that each side has been able to have its point of view taken into full consideration in the course of reaching agreement (*Id.*, 70.)

(10) On the value of a record of past experience and successes of the conciliator. (*Ibid.*)

(11) On the advantages and disadvantages of publicity. (*Id.*, 133, 137, 139, R. W. Mack and R. C. Snyder, *op. cit.*, 239.)

(12) On variation in the phase of conciliation most propitious to settlement in individual cases, and the "ceremonial" aspect of conflict resolution. (E. Jackson, *op. cit.*, 137, R. W. Mack and R. C. Snyder, *op. cit.*, 239-240.)

(13) On the importance of a maximum of internal flexibility in the conciliators' terms of reference and procedures. (E. Jackson, *op. cit.*, 14.)

(14) On the need to have any agreements reached carefully formulated and registered at a formal meeting. (*Id.*, 164.)

(15) On the degree of institutionalisation of conflict in relation to mediating techniques. (R. W. Mack and R. C. Snyder, *op. cit.*, 243-245.)

(16) On the limits within which the art of mediation can be made refined and dependable by scientific study. (E. Jackson, *op. cit.*, 192, R. W. Mack and R. C. Snyder, *op. cit.*, *passim* esp. 212-219, 239.)

10. Réponse de M. Fernand De Visscher

Bruxelles, le 22 décembre 1958.

Mon cher et honoré Confrère,

J'ai lu avec grande attention votre remarquable exposé sur la matière si délicate de la conciliation internationale. Vos observations mettent bien en lumière toute la difficulté, l'inconvénient même qu'il peut y avoir à établir des règles absolues ou trop précises en cette matière où tout, rôle des commissaires, méthodes et procédure, doit être subordonné au but suprême et unique, la conciliation des Parties. Cette considération est essentielle et suffit à mettre en garde contre toute

tendance des Parties à tirer de cette procédure des avantages unilatéraux.

Reprenant vos questions dans l'ordre où elles ont été posées, je me permets de vous soumettre les réponses et réflexions qui suivent :

1. La réponse est négative. La notion de conciliation n'a pas besoin d'être définie. Et d'autre part la tâche des conciliateurs, le rôle et les méthodes qu'ils peuvent être amenés à adopter varient à l'infini, suivant le caractère du différend et des dispositions elles-mêmes des Parties. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, il peut arriver qu'au cours d'une procédure de conciliation la Commission invite les représentants des Parties à des pourparlers où ils chercheront eux-mêmes à dégager les éléments d'une solution, laquelle sera éventuellement reprise par la Commission en tant que proposition de conciliation.

2. La réponse est affirmative en tant qu'il s'agit de l'opinion des membres de la Commission sur le bien-fondé ou non des prétentions avancées par les Parties. Il va de soi par contre que les membres de la Commission s'efforcent de dégager une majorité en faveur d'un règlement susceptible d'amener la conciliation.

3. Je reste convaincu qu'en règle générale les exposés contradictoires par écrit (mémoires et contre-mémoires) aussi bien qu'oraux sont de la plus grande utilité. Des procédés plus sommaires ouvrent des risques trop graves d'information incomplète de la Commission. C'est après ces exposés aussi détaillés que peuvent raisonnablement le souhaiter les Parties, que les conciliateurs peuvent utilement poser des questions et faire des demandes d'éclaircissements.

4. La communication par écrit aux Parties des propositions de la Commission, telle que la prévoit la Résolution V de l'Institut est à mon sens indispensable pour peu que la matière

offre une certaine complexité. Je vois mal comment à défaut d'un tel écrit les agents des Parties pourraient consulter leurs Gouvernements respectifs au sujet des propositions de la Commission.

5. La communication d'un rapport contenant un exposé objectif des thèses en présence et des arguments pouvant, suivant la Commission être donnés pour ou contre chacune d'elles, répond sans doute au souci de la Commission d'attester le soin avec lequel elle a rempli sa mission. Mais non seulement cette communication ne saurait être tenue pour obligatoire, mais il est permis de souligner la difficulté d'établir un exposé des thèses des Parties qui soit tenu par les Parties pour véritablement objectif. Ma très modeste expérience des commissions de conciliation et d'arbitrage m'oblige à constater que de tels exposés sont invariablement taxés comme manquant d'objectivité au moins par l'une des deux Parties en cause, sinon par toutes deux.

6. J'avoue mes hésitations à me rallier aux amendements à l'article 15 du règlement de la Convention Européenne de 1957. Théoriquement, l'on peut certes concevoir que la Commission soit investie d'une double mission, amener la conciliation des Parties, donner son avis sur certains points contestés. Mais quelle sera l'autorité de cet avis ? Aura-t-il l'autorité d'une sentence arbitrale ? Afin d'éviter toute confusion il faudrait que la « décision formelle commune des Parties » invitant la Commission à émettre un avis sur des questions contestées résultât d'un acte spécial des Parties, distinct des requêtes en conciliation et confiant cette mission particulière à ladite Commission.

Pratiquement cependant je crains fort que cette mission elle-même soit de nature à affaiblir considérablement l'autorité des conciliateurs. Il est fatal que leurs propositions de conciliation

soient considérées comme influencées par la décision qu'ils ont été invités à prendre sur des points contestés.

7. La réponse est affirmative.

8. En cas d'aboutissement de la conciliation il paraît évident que chaque Partie est en droit de faire état du texte de la proposition sur laquelle l'accord s'est fait. Mais j'aurais de sérieuses objections à admettre que le même principe puisse valoir en ce qui concerne le rapport de la Commission. Si ce rapport, en effet, contient non seulement « un exposé objectif des thèses en présence » mais des arguments pouvant « suivant la Commission » être donnés pour ou contre chacune d'elles, il semble inadmissible qu'une quelconque des Parties puisse invoquer ce rapport comme tel pour élever certaines prétentions qui dépasseraient d'une façon quelconque le texte et le cadre strict du règlement adopté. L'accord des Parties est donné au seul règlement en conciliation et ne s'étend en rien aux considérations qui motivent la proposition faite par la Commission.

9. La réponse est affirmative.

10. La réponse est négative. La publication unilatérale des documents visés par la question est susceptible de créer de graves embarras politiques à l'une ou l'autre Partie, et est d'ailleurs contraire à l'esprit d'entente et de mutuelle bonne volonté qui a présidé à l'organisation de la procédure en conciliation. Très souvent le recours à la procédure discrète en conciliation a pour but d'éviter d'intempestives interventions d'une opinion publique mal informée ou mal guidée. Si cette publication est jugée nécessaire par l'une des Parties, par exemple à raison des dépenses budgétaires que peut entraîner l'application du règlement en conciliation, il est très peu vraisemblable que l'autre Partie y fasse opposition.

Par contre l'accord de la Commission exigé par l'article V de la Résolution de l'Institut (1927) paraît absolument superflu.

11. L'article 15 de la Convention Européenne (1957), tout comme l'Acte Général d'Arbitrage (1949), stipule que « le procès-verbal ne mentionnera pas si les décisions de la Commission ont été prises à l'unanimité ou à la majorité ».

La question s'est posée de savoir si un ou plusieurs membres de la Commission peuvent être autorisés à faire acter sous forme de déclaration distincte une opinion dissidente? Cette pratique qui a été tolérée dans certains cas d'arbitrage, en dépit d'une règle identique, pourrait assez opportunément être déclarée comme contraire à la règle.

12. Cette question me paraît pouvoir être réservée. La réponse dépendra de l'importance des modifications auxquelles la Commission se ralliera.

Je sou mets ces brèves observations à votre obligeante attention et vous prie d'agréer, mon cher et honoré Confrère, l'expression de mes sentiments très distingués et dévoués.

Fernand De Visscher

ANNEXE III: Documents

1.

**Résolution de l'Institut de Droit international
(2 septembre 1927, Session de Lausanne)***Règlement sur la procédure de conciliation*¹

L'Institut de Droit international:

Considérant que l'institution et les organes connus, entre autres, sous le nom de « Commissions de conciliation » et tendant à introduire une procédure de plus dans l'ensemble des moyens de solution pacifique des différends internationaux, traduisent un souci réel de conserver la paix et la concorde entre Nations souveraines;

Recommande aux Etats de poursuivre résolument la conclusion de conventions ayant pour objet l'établissement des Commissions susdites et de s'inspirer, dans leur œuvre, des principes suivants:

I. Les Commissions de conciliation sont établies par voie de conventions bilatérales ou plurilatérales.

II. Les Commissions de conciliation sont à créer comme organes permanents pour un temps limité, ou indéterminé d'avance, en prévision des différends qui, le cas échéant, naîtront après leur entrée en fonction.

¹ *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1927, vol. 33, tome III, pp. 339-342.

III. Les Etats contractants désignent eux-mêmes les membres dont se compose la Commission de conciliation et dont le nombre devrait être de préférence fixé à cinq. Libres de nommer chacun un membre à son gré, ils choisissent les membres restants, y compris le Président, par voie d'un accord commun.

Tous les Commissaires doivent jouir d'une haute considération morale et posséder une connaissance sérieuse des affaires politiques des pays intéressés entre lesquels ils s'efforceront de maintenir la paix et la bonne entente. Ceux choisis en commun doivent l'être parmi les ressortissants des Etats tiers qui ne seraient ni domiciliés sur le territoire de l'un ou de l'autre Etat contractant, ni au service d'aucun d'eux.

Dans le cas où, pour régler un différend, se ferait sentir le besoin d'éclairer l'œuvre de la Commission par le recours aux lumières de personnes spécialement compétentes, les Etats contractants lorsqu'ils jugeraient l'envoi à cette fin d'un ou de plusieurs experts insuffisant, peuvent stipuler que chacun d'eux aura la faculté d'y pourvoir, soit en remplaçant dans un court délai, le membre librement nommé par lui, par une autre personne particulièrement qualifiée, soit en adjoignant à la Commission existante un membre supplémentaire de son choix. L'attitude prise à ce sujet par un Etat contractant dicterait celle de son partenaire.

IV. Tous différends entre les Etats contractants de quelque nature qu'ils soient, qui n'auraient pu être résolus par les procédés diplomatiques ordinaires, devront être soumis à une Commission de conciliation, à moins que les Parties en litige ne se soient engagées par convention ou par compromis à porter le différend directement devant une juridiction arbitrale ou judiciaire.

V. La Commission de conciliation peut dans chaque cas particulier entrer en fonction, lorsqu'elle aura été saisie par

voie de requête émanant de l'une ou de l'autre des Parties intéressées et adressée au Président.

Après un examen impartial et consciencieux des questions en litige, tant sur les points de fait que sur les prétentions éventuelles des Parties, elle s'emploiera uniquement à amener entre les Parties une conciliation complète et définitive.

Un rapport, signé par la majorité des Commissaires et contenant, le cas échéant, les termes de l'arrangement proposé, sera confidentiellement communiqué aux Parties avec l'invitation de se prononcer dans un délai déterminé. L'exposé des faits, les considérations juridiques et l'accord suggéré aux Parties n'auront ni dans leur ensemble, ni séparément, à l'égard de celles-ci, le caractère d'une sentence obligatoire.

A la fin de ses travaux, la Commission dressera un procès-verbal constatant simplement, soit que les Parties se sont arrangées, auquel cas les conditions de l'arrangement y seront incorporées, soit que les Parties n'ont pu être conciliées.

Aucune publicité ne sera donnée soit à l'ensemble des travaux de la Commission, soit au rapport, soit au procès-verbal, autrement qu'en vertu d'une décision prise par la Commission avec l'assentiment des Parties.

VI. La Commission est libre de régler elle-même la procédure en tenant compte, à fin d'enquête, des dispositions du Titre III de la Convention de La Haye de 1907.

Les Parties sont tenues de faciliter de toute façon les travaux de la Commission, et à cet effet, elles doivent :

- a) s'abstenir, même à titre de représailles, de toute mesure coercitive ou vexatoire dès que l'une d'elles aura saisi le Président;
- b) cesser toute mesure analogue déjà commencée et en général ne faire aucun acte pouvant compromettre le succès des efforts de la Commission en vue de la conciliation.

2.

Extrait d'une Résolution de l'Union Interparlementaire adoptée à la session d'Helsinki en 1955 sous le titre : « Les conditions d'une coexistence pacifique véritable entre les nations¹ »

La XLIV^e Conférence Interparlementaire

...« exprime le vœu que, sans préjudice de l'action des Nations Unies en vue du maintien de la paix, les Etats séparés par un différend et qui estimeraient ne pouvoir recourir à un règlement arbitral ou judiciaire en recherchent tout au moins la solution par la voie de commissions d'enquêtes ou de conciliation ».

¹ *Bulletin Interparlementaire*, Genève, 1955, 35^e année, n^o 4, p. 152.

3.

Extrait de l'Acte Général d'Arbitrage, texte de 1949*Chapitre I**De la conciliation**Article premier*

Les différends de toute nature entre deux ou plusieurs Parties ayant adhéré au présent Acte Général qui n'auraient pu être résolus par la voie diplomatique seront, sauf les réserves éventuelles prévues à l'article 39, soumis à la procédure de conciliation dans les conditions prévues au présent chapitre.

Article 2

Les différends visés à l'article précédent seront portés devant une Commission de conciliation permanente ou spéciale constituée par les Parties en cause.

Article 3

Sur la demande adressée à cet effet par une Partie contractante à l'une des autres Parties, il devra être constitué, dans les six mois, une Commission permanente de conciliation.

Article 4

Sauf accord contraire des Parties intéressées, la Commission de conciliation sera constituée comme suit:

1. La Commission comprendra cinq membres. Les Parties en nommeront chacune un, qui pourra être choisi parmi leurs nationaux respectifs. Les trois autres commissaires seront choisis d'un commun accord parmi les ressortissants de tierces Puissances. Ces derniers devront être de nationalités différentes, ne pas avoir leur résidence habituelle sur le territoire des Parties intéressées ni se trouver à leur service. Parmi eux, les Parties désigneront le Président de la Commission.

2. Les commissaires seront nommés pour trois ans. Ils seront rééligibles. Les commissaires nommés en commun pourront être remplacés au cours de leur mandat, de l'accord des Parties. Chaque Partie pourra toujours, d'autre part, procéder au remplacement du commissaire nommé par elle. Nonobstant leur remplacement, les commissaires resteront en fonction pour l'achèvement de leurs travaux en cours.

3. Il sera pourvu, dans le plus bref délai, aux vacances qui viendraient à se produire par suite de décès ou de démission ou de quelque autre empêchement, en suivant le mode fixé pour les nominations.

Article 5

Si, lorsqu'il s'élève un différend, il n'existe pas une Commission permanente de conciliation nommée par les Parties en litige, une Commission spéciale sera constituée pour l'examen du différend dans un délai de trois mois à compter de la demande adressée par l'une des Parties à l'autre. Les nominations se feront conformément aux dispositions de l'article précédent, à moins que les Parties n'en décident autrement.

Article 6

1. Si la nomination des commissaires à désigner en commun n'intervient pas dans les délais prévus aux articles 3 et 5, le soin

de procéder aux nominations nécessaires sera confié à une tierce Puissance choisie d'un commun accord par les Parties ou, si celles-ci le demandent, au Président de l'Assemblée générale des Nations Unies ou, si celle-ci n'est pas en session, au Président sortant.

2. Si l'accord ne s'établit pas au sujet d'aucun de ces procédés, chaque Partie désignera une Puissance différente et les nominations seront faites de concert par les Puissances ainsi choisies.

3. Si, dans un délai de trois mois, ces deux Puissances n'ont pu tomber d'accord, chacune d'elles présentera des candidats en nombre égal à celui des membres à désigner. Le sort déterminera lesquels des candidats ainsi présentés seront admis.

Article 7

1. La Commission de conciliation sera saisie par voie de requête adressée au Président, par les deux Parties agissant d'un commun accord, ou, à défaut, par l'une ou l'autre des Parties.

2. La requête, après avoir exposé sommairement l'objet du litige, contiendra l'invitation à la Commission de procéder à toutes mesures propres à conduire à une conciliation.

3. Si la requête émane d'une seule des Parties, elle sera notifiée par celle-ci, sans délai, à l'autre Partie.

Article 8

1. Dans un délai de quinze jours à partir de la date où l'une des Parties aura porté un différend devant une Commission permanente de conciliation, chacune des Parties pourra, pour l'examen de ce différend, remplacer son commissaire par une personne possédant une compétence spéciale dans la matière.

2. La Partie qui usera de ce droit en fera immédiatement la notification à l'autre Partie; celle-ci aura, dans ce cas, la faculté d'agir de même dans un délai de quinze jours à compter de la date où la notification lui sera parvenue.

Article 9

1. La Commission de conciliation se réunira, sauf accord contraire des Parties, au siège de l'Organisation des Nations Unies ou en tout autre lieu désigné par son Président.

2. La Commission pourra, en toute circonstance, demander au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de prêter son assistance à ses travaux.

Article 10

Les travaux de la Commission de conciliation ne seront publics qu'en vertu d'une décision prise par la Commission avec l'assentiment des Parties.

Article 11

1. Sauf accord contraire des Parties, la Commission de conciliation réglera elle-même sa procédure qui, dans tous les cas, devra être contradictoire. En matière d'enquête, la Commission, si elle n'en décide autrement à l'unanimité, se conformera aux dispositions du titre III de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux.

2. Les Parties seront représentées auprès de la Commission de conciliation par des agents ayant mission de servir d'intermédiaire entre elles et la Commission; elles pourront, en outre, se faire assister par des conseils et experts nommés par elles à cet

effet et demander l'audition de toutes personnes dont le témoignage leur paraîtrait utile.

3. La Commission aura, de son côté, la faculté de demander des explications orales aux agents, conseils et experts des deux Parties, ainsi qu'à toutes personnes qu'elle jugerait utile de faire comparaître avec l'assentiment de leur gouvernement.

Article 12

Sauf accord contraire des Parties, les décisions de la Commission de conciliation seront prises à la majorité des voix et la Commission ne pourra se prononcer sur le fond du différend que si tous les membres sont présents.

Article 13

Les Parties s'engagent à faciliter les travaux de la Commission de conciliation et, en particulier, à lui fournir, dans la plus large mesure possible, tous documents et informations utiles, ainsi qu'à user des moyens dont elles disposent pour lui permettre de procéder sur leur territoire et selon leur législation à la citation et à l'audition de témoins ou d'experts et à des transports sur les lieux.

Article 14

1. Pendant la durée de leurs travaux, chacun des commissaires recevra une indemnité dont le montant sera arrêté du commun accord des Parties, qui en supporteront chacune une part égale.

2. Les frais généraux occasionnés par le fonctionnement de la Commission seront répartis de la même façon.

Article 15

1. La Commission de conciliation aura pour tâche d'élucider les questions en litige, de recueillir à cette fin toutes les informations utiles, par voie d'enquête ou autrement, et de s'efforcer de concilier les Parties. Elle pourra, après examen de l'affaire, exposer aux Parties les termes de l'arrangement qui lui paraîtrait convenable et leur impartir un délai pour se prononcer.

2. A la fin de ses travaux, la Commission dressera un procès-verbal constatant, suivant le cas, soit que les Parties se sont arrangées et, s'il y a lieu, les conditions de l'arrangement, soit que les Parties n'ont pu être conciliées. Le procès-verbal ne mentionnera pas si les décisions de la Commission ont été prises à l'unanimité ou à la majorité.

3. Les travaux de la Commission devront, à moins que les Parties n'en conviennent autrement, être terminés dans un délai de six mois à compter du jour où la Commission aura été saisie du différend.

Article 16

Le procès-verbal de la Commission sera porté sans délai à la connaissance des Parties. Il appartiendra aux Parties d'en décider la publication.

4.

**Extrait de la Convention Européenne pour le règlement
pacifique des différends****(Strasbourg, 29 avril 1957)***Chapitre II**De la conciliation**Article 4*

1. Les Hautes Parties Contractantes soumettront à une procédure de conciliation tous les différends qui s'élèveraient entre elles autres que les différends visés à l'article premier.

2. Toutefois, les parties à un différend visé au présent article peuvent convenir de soumettre ce différend à un tribunal arbitral sans avoir, au préalable, recours à la procédure de conciliation.

Article 5

Lorsqu'il s'élève un différend de la nature de ceux visés à l'article 4, il sera porté devant la Commission permanente de conciliation compétente en la matière, que les parties en cause auraient instituée antérieurement. Si les parties conviennent de n'avoir pas recours à cette commission ou à défaut de celle-ci, le différend sera porté devant une Commission spéciale de conciliation que les parties constitueront dans un délai de trois mois à compter de la demande adressée par l'une à l'autre.

Article 6

Sauf accord contraire des parties intéressées, la Commission spéciale de conciliation sera constituée comme suit :

La Commission comprendra cinq membres. Les parties en nommeront chacune un qui pourra être choisi parmi leurs nationaux respectifs. Les trois autres commissaires, dont l'un en qualité de Président, seront choisis d'un commun accord parmi les ressortissants d'Etats tiers. Ces derniers devront être de nationalités différentes, ne pas avoir leur résidence habituelle sur le territoire des parties intéressées, ni se trouver à leur service.

Article 7

Si la nomination des commissaires à désigner en commun n'intervient pas dans le délai prévu à l'article 5, le soin de procéder aux nominations nécessaires sera confié au gouvernement d'un Etat tiers choisi d'un commun accord par les parties ou, à défaut d'accord dans un délai de trois mois, au Président de la Cour internationale de Justice. Au cas où celui-ci serait ressortissant de l'une des parties au différend, cette tâche serait confiée au Vice-Président de la Cour, ou au juge le plus ancien de la Cour qui n'est pas ressortissant de l'une des parties au différend.

Article 8

Il sera pourvu, dans le plus bref délai, aux vacances qui viendraient à se produire par suite de décès ou de démission ou de quelque autre empêchement, en suivant le mode fixé pour les nominations.

Article 9

1. La Commission spéciale de conciliation sera saisie par voie de requête adressée au Président par les deux parties

agissant d'un commun accord ou, à défaut, par l'une ou l'autre des parties.

2. La requête, après avoir exposé sommairement l'objet du différend, contiendra l'invitation à la Commission de procéder à toutes mesures propres à conduire à une conciliation.

3. Si la requête émane d'une seule des parties elle sera notifiée par celle-ci, sans délai, à l'autre partie.

Article 10

1. La Commission spéciale de conciliation se réunira, sauf accord contraire des parties, au siège du Conseil de l'Europe ou en tout autre lieu désigné par son Président.

2. La Commission pourra, en toute circonstance, demander au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de prêter son assistance à ses travaux.

Article 11

Les travaux de la Commission spéciale de conciliation ne seront publics qu'en vertu d'une décision prise par la Commission avec l'assentiment des parties.

Article 12

1. Sauf accord contraire des parties, la Commission spéciale de conciliation réglera elle-même sa procédure qui devra être contradictoire. En matière d'enquête, et sous réserve des dispositions de la présente Convention, la Commission, à moins qu'elle n'en décide autrement à l'unanimité, se conformera aux dispositions du titre III de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 pour le Règlement pacifique des Conflits internationaux.

2. Les parties seront représentées auprès de la Commission de conciliation par des agents ayant mission de servir d'inter-

médiaires entre elles et la Commission; elles pourront, en outre, se faire assister par des conseils et experts nommés par elles à cet effet et demander l'audition de toutes personnes dont le témoignage leur paraîtrait utile.

3. La Commission aura, de son côté, la faculté de demander des explications orales aux agents, conseils et experts des deux parties, ainsi qu'à toutes personnes qu'elle jugerait utile de faire comparaître avec l'assentiment de leur gouvernement.

Article 13

A moins que les parties n'en décident autrement, les décisions de la Commission spéciale de conciliation seront prises à la majorité des voix, et, sauf en ce qui concerne les questions de procédure, la Commission ne pourra se prononcer valablement que si tous ses membres sont présents.

Article 14

Les parties faciliteront les travaux de la Commission spéciale de conciliation et, en particulier, lui fourniront dans la plus large mesure possible tous documents et informations utiles. Elles useront des moyens dont elles disposent pour lui permettre de procéder sur leur territoire et selon leur législation à la citation et à l'audition des témoins ou d'experts et à des transports sur les lieux.

Article 15

1. La Commission spéciale de conciliation aura pour tâche d'élucider les questions en litige, de recueillir à cette fin toutes informations utiles, par voie d'enquête ou autrement, et de s'efforcer de concilier les parties. Elle pourra, après examen de l'affaire, exposer aux parties les termes de l'arrangement

qui lui paraîtrait convenable et leur impartir un délai pour se prononcer.

2. A la fin de ses travaux, la Commission dressera un procès-verbal constatant, suivant le cas, soit que les parties se sont arrangées et, s'il y a lieu, les conditions de l'arrangement, soit que les parties n'ont pu être conciliées. Le procès-verbal ne mentionnera pas si les décisions de la Commission ont été prises à l'unanimité ou à la majorité.

3. Les travaux de la Commission devront, à moins que les parties n'en conviennent autrement, être terminés dans un délai de six mois à compter du jour où la Commission aura été saisie du différend.

Article 16

Le procès-verbal de la Commission sera porté sans délai à la connaissance des parties. Sa publication ne pourra avoir lieu qu'avec leur accord.

Article 17

1. Pendant la durée de leurs travaux, chacun des commissaires recevra une indemnité dont le montant sera fixé d'un commun accord par les parties qui en supporteront chacune une part égale.

2. Les frais généraux occasionnés par le fonctionnement de la Commission seront répartis de la même façon.

Article 18

En cas de différends complexes dont certains éléments relèvent de la conciliation et d'autres du règlement judiciaire, chaque partie au différend aura le droit de demander que le règlement par la voie judiciaire des éléments juridiques du différend précède la procédure de conciliation.

5.

**Extrait de la Recommandation 79 (1955) de l'Assemblée
Consultative du Conseil de l'Europe sur le projet de Convention
Européenne pour le règlement pacifique des différends**

Article 12, paragraphe 1

Après les mots « si elle n'en décide autrement à l'unanimité », ajouter les mots « et sous réserve de ce qui est prévu à l'article 15 ».

Justification. Voir sous article 15.

Article 15

Remplacer le texte de cet article par le texte suivant:

« 1. La Commission de conciliation aura pour tâche d'élucider les questions en litige et de s'efforcer de concilier les parties.

2. Elle pourra, à cette fin, si elle le juge utile, recueillir par voie d'enquête ou autrement toutes informations complémentaires à celles émanant des parties. En ce cas, il sera tenu procès-verbal des interrogatoires ou autres mesures d'instruction et copie en sera remise aux parties.

3. La Commission pourra, après examen de l'affaire, proposer aux parties les termes de l'arrangement qui lui paraîtra convenable et leur impartir un délai pour se prononcer. Elle constatera dans un procès-verbal final que les parties se sont ou non arrangées et, s'il y a lieu, les conditions de l'arrangement

Le procès-verbal ne mentionnera pas si les décisions de la Commission ont été prises à l'unanimité ou à la majorité.

4. La Commission pourra aussi, mais seulement de l'accord des parties, émettre un avis sur les questions contestées.

5. Les travaux de la Commission devront, à moins que les parties n'en conviennent autrement, être terminés dans un délai de six mois à compter du jour où la Commission aura été saisie du différend. »

Justification. L'examen de l'article 15 du projet de Convention suscite des doutes quant à la portée précise de la mission à remplir par la Commission de conciliation et, par suite, quant à la manière dont elle devrait consigner le résultat de ses travaux.

Aux termes de l'article 19, premier alinéa, « la Commission de conciliation aura pour tâche d'élucider les questions en litige, de recueillir à cette fin toutes informations utiles, par voie d'enquête ou autrement, et de s'efforcer de concilier les parties... ». Suivant certains membres de la Commission, ces termes indiquent que la mission de la Commission de conciliation est double et qu'elle comprend, d'une part, une élucidation des faits, notamment par voie d'enquête, d'autre part, un effort de conciliation. L'échec de la deuxième partie de la mission ne devrait pas priver les parties des résultats acquis au cours de la première partie, notamment des dépositions recueillies ou même de l'avis exprimé par la Commission quant aux conclusions à tirer des informations recueillies. Si donc le procès-verbal final ne peut indiquer les termes de l'arrangement qui auraient été proposés aux parties dans le cas où ceux-ci n'auraient pas été acceptés, il n'en résulte aucunement que ce procès-verbal ne puisse pas ou ne doive pas contenir les informations recueillies, ou même l'avis de la Commission sur les faits contestés.

Cette opinion trouve un appui solide dans la disposition qui figure au premier alinéa de l'article 12 du projet suivant laquelle,

si elle n'en décide autrement à l'unanimité, la Commission doit en matière d'enquête se conformer aux dispositions du titre III de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, Convention dont l'article 35 prévoit expressément que le rapport des commissions d'enquête contient une constatation des faits.

D'autres membres de la commission des Questions juridiques et administratives se sont par contre inquiétés de l'altération grave du caractère essentiellement conciliateur de la procédure prévue au chapitre II du projet de Convention, en cas d'attribution d'une valeur juridique ou judiciaire aux éléments de preuve recueillis par la Commission au cours de son instruction.

Enfin, selon une opinion moyenne, si on ne peut écarter totalement l'éventualité où la Commission aurait pour tâche de faire rapport sur des faits contestés, comme prévu au titre III de la Convention de La Haye de 1907, il paraît préférable, en vue de la mission conciliatrice de la Commission, de subordonner cette compétence à une décision formelle commune des parties.

Mais, d'autre part, lorsqu'en l'absence de pareil accord la Commission a été amenée comme prévu à l'article 15 du projet de Convention à recueillir en vue de sa mission conciliatrice des informations utiles notamment par voie d'enquête, il paraîtrait excessif de priver les parties, en cas de non-conciliation, du bénéfice des éléments de preuves recueillis par la Commission de conciliation, par voie d'enquête, visite des lieux, expertise, etc.

Cette manière de voir a finalement recueilli l'adhésion de la majorité.

Dès lors, à l'article 12 du projet de Convention, il y aurait lieu d'insérer, après les mots « à l'unanimité », les mots: « et sous réserve de ce qui est prévu à l'article 15 ».

Article 18

Supprimer le texte de cet article.

Justification. Voir sous article 5, paragraphe 2.

Article 19

Supprimer le texte de cet article.

Justification. Voir sous article 5, paragraphe 1.

II. Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation)

(Neuvième Commission)

1. Rapport provisoire
présenté par
M. Juraj Andrassy

I. Introduction

Le présent rapport ouvre la deuxième étape des travaux de la Commission. En réponse à l'Exposé préliminaire, la grande majorité des membres de la Commission a bien voulu donner des observations, et le rapporteur tient à leur adresser ses remerciements empressés¹. Il est heureux de constater que les observations sont, en général, en faveur des conclusions de

¹ Les observations ont été données par les membres suivants : M^{me} Bastid, MM. Briggs, Castrén, Colombos, Feinberg, baron v. d. Heydte, MM. Kraus, Muûls et Wright. S'étant spécialement occupé de la matière en sa qualité d'arbitre dans l'affaire du Lac Lanoux, M. Bolla a eu l'amabilité de répondre à une demande du rapporteur et a aussi envoyé ses observations. M. Wright a obligé le rapporteur en rédigeant son propre projet contenant des règles sur l'utilisation des eaux.

l'Exposé préliminaire et des propositions suggérées au Questionnaire annexé, tout en contenant des remarques et des idées très fécondes pour le travail de la Commission. Le présent rapport s'efforce d'en tenir compte et de rechercher des formules définitives sur la base de l'ensemble des opinions émises par les membres de la Commission et d'une nouvelle étude approfondie de la matière.

Celle-ci mérite une grande attention à cause de son actualité et de son importance extraordinaire. Cette importance est déterminée par deux facteurs principaux : augmentation très forte des besoins en eau, perfectionnement de la technique d'aménagement des eaux qui permet l'exécution de travaux si vastes qu'ils peuvent transformer profondément les conditions naturelles de régions entières.

1° C'est à juste titre que M. Kraus a, dans ses observations, attiré l'attention sur « la pénurie d'eau qui augmente rapidement dans de vastes parties du monde ». Dans les pays hautement industrialisés, on attend bientôt une étape de développement où l'industrie lourde et l'industrie pétrolière auront besoin des deux tiers de toutes les ressources disponibles d'eau douce². Dans un rapport du *Central Advisory Water Committee* britannique (*The Growing Demand of Water*, 1959) on peut lire que le besoin en eau en Angleterre (avec le pays de Galles) augmentera jusqu'en 1965 de 23 % par rapport à l'année 1955, ce qui demande d'introduire des mesures plus rationnelles d'utilisation des eaux et des dépenses considérables pour des travaux d'aménagement devant assurer une mise en valeur plus complète des ressources disponibles pour faire face aux besoins toujours croissants. Citons enfin un rapport d'experts d'après lequel « l'accroissement de la production alimentaire, même lorsqu'elle est tout juste suffisante pour

² A. J. Karbe, *Wasser, Segen und Gefahr*, Freiburg, 1957, p. 114.

maintenir le niveau de vie actuel d'une population qui augmente rapidement, exigera un volume sans cesse plus considérable d'eaux de surface et d'eaux souterraines. Les quantités d'eaux nécessaires aux industries minières et manufacturières et à la production d'énergie thermique dépassent déjà, dans certains pays, les besoins de l'agriculture et les dépasseront bientôt dans de nombreux autres pays³. »

2° Dans un passé relativement proche, les conflits d'intérêts concernant l'utilisation des eaux ont été limités à des proportions assez modestes. Les ouvrages construits par la main de l'homme ne pouvaient que rarement provoquer des changements sensibles en ce qui concerne la quantité d'eau disponible par les riverains intéressés ou concernant la qualité de ces eaux. Le progrès de la technique moderne rend de nos jours possibles des changements et des aménagements des cours d'eau sur une échelle qui dépasse de beaucoup ce qui a été possible à une époque du passé assez récente. Ce fait donne naissance à de nouveaux conflits d'intérêts, de beaucoup plus aigus et souvent inconciliables. Un Etat peut par des travaux de grande envergure s'approprier des ressources en eau de telle manière qu'il en prive totalement ou considérablement un autre Etat qui jusqu'alors a été en état de les utiliser normalement. Dans le passé il y avait aussi des aménagements des eaux et des appropriations avec effet privatif pour les autres riverains, mais le plus souvent le peu d'importance de cet effet n'a pas entraîné une réaction énergique de la part du riverain lésé, et les arrangements éventuels ont été possibles au moyen de transactions diplomatiques peu soucieuses des aspects juridiques du conflit. Dans le passé, on pouvait bien résoudre les problèmes peu nombreux qui ont surgi au sujet

³ *Utilisation industrielle des eaux*. Document des Nations Unies E/3058, Genève, 1958, p. 1.

de l'utilisation des eaux sans être obligé de recourir aux principes du droit international. Au contraire, à présent, avec les moyens et les procédés modernes, on peut, en vue d'obtenir une meilleure utilisation des ressources disponibles, entreprendre des travaux si importants que les conditions naturelles de régions et de pays entiers se trouveraient complètement changées⁴. Les ouvrages projetés ou entrepris sont destinés d'une part à satisfaire des intérêts importants, tandis que d'autre part ils peuvent compromettre d'autres intérêts d'importance égale ou même supérieure. D'où des conflits de proportions beaucoup plus grandes où aucune des parties n'est disposée à céder. En présence de menaces de lésions graves, les Etats intéressés se trouvent obligés d'insister sur leurs droits, ce qui provoque la même attitude chez les Etats qui projettent des aménagements et espèrent en obtenir des bénéfices. Il résulte du fait du perfectionnement des procédés techniques comportant la possibilité d'utilisation plus intense des eaux, que le point de vue juridique est, de part et d'autre, avancé au premier plan.

Si les besoins augmentent, si les progrès de la technique permettent une utilisation plus complète des ressources existantes, la science et la technique rendent aussi possible l'accroissement de ces ressources de différentes façons, telles que la découverte et l'utilisation des eaux souterraines jusqu'alors inconnues ou inutilisables⁵, la désalinisation des eaux marines⁶, la réduction de l'évaporation des eaux⁷, etc.

⁴ V. p. e. A. *Sieger*, *Neue Projekte der sowjetischen Wasserwirtschaft*. *Europa-Archiv*, 1950, pp. 3549-3556.

⁵ V. les exemples donnés à la note 27.

⁶ Des installations larges ou modestes existent en différents points du monde. Kuwait dépend presque exclusivement de telles installations. On s'efforce d'inventer des procédés rendant la production moins coûteuse. La pénurie d'eau potable dans certaines îles de l'Adriatique a

Le perfectionnement de l'un ou de l'autre de ces procédés peut changer le rapport entre besoins et ressources disponibles et justifier une révision des droits et obligations réciproques déterminés sur la base d'un état de choses dépassé. Tout ceci rend encore plus difficile la tâche de concilier les intérêts en cause, d'arbitrer entre eux ou de fixer des règles générales devant régir les rapports internationaux au sujet de l'utilisation des eaux.

Entre temps, la question qui est l'objet de l'étude confiée à la neuvième Commission a été amplement étudiée et discutée en dehors de l'Institut et a soulevé un grand intérêt, dicté par l'apparition de problèmes graves et délicats concernant l'utilisation des eaux des différents bassins fluviaux dans plusieurs parties du monde.

1. Une forme particulière de discussion de notre matière a eu lieu lors de la procédure arbitrale au sujet de la dérivation des eaux du Lac Lanoux. Les mémoires présentés au tribunal par l'Espagne et la France aussi bien que la sentence rendue à Genève le 16 novembre 1957, celle-ci en premier lieu, sont des documents très importants pour l'étude du sujet. Quoi-

amené les ingénieurs yougoslaves à rechercher un procédé au moyen duquel on pourrait transformer l'eau de la mer en eau potable. Le procédé permet de gagner de larges quantités à un prix de revient sensiblement réduit. — En Israël, l'UNESCO patronise un institut de recherches à Beersheba qui s'occupe des problèmes des zones arides et où on vient de fonder un laboratoire pour examiner les méthodes de désalinisation par l'électrodialyse propres à gagner des quantités d'eau nécessaires pour l'irrigation du Negev.

⁷ On peut diminuer le taux d'évaporation de l'eau en couvrant la surface aquatique d'une pellicule monomoléculaire (par exemple l'alcool cétylique). Voir *W. W. Mansfield, Reduction of Evaporation of Stored Water. UNESCO's Arid Zone Research, XI, pp. 61-63.*

que basée principalement sur l'interprétation et l'application des accords existant entre les parties, la sentence arbitrale tient compte des principes du droit international commun et mérite d'être étudiée⁸. Elle prouve, entre autres, que la solution par voie judiciaire est parfois utile, pendant que les essais de règlement par des commissions techniques ont échoué. Elle prouve aussi que le juge international est bien à même de trouver une solution juridique sur la base d'un petit nombre de principes du droit international. Cette constatation doit encourager l'Institut dans la poursuite de sa tâche de déterminer un texte de règles régissant l'utilisation des eaux.

2. Un autre différend où se trouvent mis en jeu des intérêts très importants des deux côtés se déroule actuellement entre les Etats-Unis et le Canada. Il porte sur les dérivations projetées par le Canada sur les fleuves Kootenay et Columbia⁹. La question a provoqué de nombreux débats et discussions,

⁸ La sentence est reproduite dans la *Revue générale de Droit international public*, 1958, pp. 79-119, avec une note par A. G. (pp. 119-123). — F. Duléry, L'affaire du Lac Lanoux. *Revue générale de Droit international public*, 1958, pp. 469-516. — J. G. Laylin and R. L. Bianchi, The Role of Adjudication in International River Disputes (The Lake Lanoux Case). *AJIL*, 1959, pp. 30-49. — Pour l'historique de la question v. aussi Tarrius, *Les eaux industrielles internationales et leur réglementation internationale*, Montpellier, 1935, pp. 98-103 et 170-180.

⁹ Le Canada projette une dérivation des eaux (5.000 à 8.000 pieds cubes/sec.) du Kootenay au Columbia et une dérivation de 15 millions acre-pieds par an du Columbia au Fraser (qui est situé entièrement sur le territoire du Canada), ayant pour effet que ces quantités ne seraient plus rendues à la partie d'aval du Columbia dont les eaux alimentent aux Etats-Unis une série d'installations hydro-électriques et autres. — Ch. Martin, *The Diversion of Columbia River Waters, Proceedings of the American Society of International Law*, 1957, pp. 2-10.

et surtout un mémoire très détaillé du Département d'Etat des Etats-Unis, dû à la plume de M. Griffin (cité : Mémoire Griffin)¹⁰. Au début de 1959, les deux gouvernements ont décidé de demander à la Commission paritaire, instituée en vertu du traité bien connu de 1909, des recommandations concernant les principes à appliquer pour la détermination des bénéfices d'une utilisation en commun des eaux et pour la répartition de ces bénéfices, notamment quant à la production de l'énergie électrique¹¹.

3. Les travaux de l'*International Law Association* (ILA, v. Exposé préliminaire, partie IV) ont continué après le vote de la Résolution de Dubrovnik. Un comité spécial, présidé par le professeur Eagleton et, après son décès, par le professeur Knauth, s'est réuni deux fois (à Genève en octobre 1957 et à La Haye en mai 1958) et a examiné les rapports soumis et plusieurs documents¹² et travaux récemment parus ainsi que

¹⁰ *Legal Aspects of the Use of Systems of International Rivers, with Reference to Columbia-Kootenay River System under Customary International Law and the Treaty of 1909*. Memorandum of the State Department. U. S. Senate Document No. 118 Washington, 1958. — Une partie de ce mémoire a été publiée par M. Griffin, *The Use of Waters of International Drainage Basins under Customary International Law*. *AJIL*, 1959, pp. 50-80.

¹¹ *Press Release du 29 janvier 1959*. Department of State Bulletin, 1959, p. 243.

¹² Ce sont, outre les deux volumes cités aux notes 17 et 19, les documents suivants : a) Un projet de schéma pour l'étude systématique de l'utilisation des eaux internationales, par M. G. Cano ; b) Communications de MM. Berber et Caponera sur la méthode de travail à adopter ; c) Une critique du livre de M. Berber « Die Rechtsquellen des internationalen Wassernutzungsrechts », par M. Fortuin (v. note 25) ; d) Un rapport de la branche yougoslave pour la Conférence de New York, par MM. J. Paunović et P. Dimitrijević. Les documents a), b) et d) ne sont pas publiés.

les avant-projets des deux rapporteurs et autres projets communiqués¹³. A la suite de la réunion de La Haye, M. Knauth a rédigé un rapport et projet de Résolution pour la Conférence de New York (septembre 1958). Ce rapport a été l'objet d'une discussion, ses conclusions ont été partiellement remaniées et finalement adoptées en séance plénière à l'unanimité (Résolution de New York). Le comité est chargé de continuer ses travaux¹⁴.

Les travaux de l'ILA ont été discutés aussi en dehors de cette Association. En ce qui concerne la Résolution de Dubrovnik, le jugement des techniciens¹⁵ lui est plus favorable que celui des juristes¹⁶.

4. Parallèlement aux susdits travaux de l'ILA, la branche américaine de l'Association a examiné la question et un comité présidé par le professeur Willcox a rédigé un projet de Réso-

¹³ En premier lieu un important projet de convention sur les fleuves internationaux, par le professeur *H. A. Smith*.

¹⁴ Le rapporteur général (*M. Knauth*) a réparti les travaux entre trois sous-comités : utilisation des eaux en dehors de la navigation (rapporteur *M. Maxwell Cohen*), navigation fluviale (le rapporteur n'est pas encore désigné), canaux interocéaniques (rapporteur *M. Richard R. Baxter*).

¹⁵ *Integrated River Basin Development* (document E. 3066), 1958, p. 34 : "Pending establishment of an accepted international code, it is suggested that the Dubrovnik draft statement of principles affords a sound basic philosophy for planning and executing a project for integrated development in an international river basin. The fifth principle, in particular, should be useful in furnishing a guide for the solution of disputes in respect to the use of such waters, recognizing as it does the pertinence of all equitable and historical circumstances in the resolution of such disputes."

¹⁶ *C. A. Pompe*, *The Nile Waters Question*. *Symbolae Verzijl*, 1958, pp. 291-294.

lution¹⁷ qui a exercé une notable influence sur la rédaction finale de la Résolution de New York¹⁸.

5. La « Navigation et les autres utilisations des fleuves et canaux internationaux » a été un des thèmes discutés à l'assemblée annuelle de l'*American Society of International Law* (Washington, 25 au 27 avril 1957). Les débats ont été introduits par les rapports de MM. Charles E. Martin, Norman J. Padel-ford, John G. Laylin, William L. Griffin et George A. Finch. Ils sont reproduits aux *Proceedings* de la Société.

6. L'*Inter-American Bar Association* s'est aussi occupée du sujet lors de sa dixième conférence à Buenos Aires en novembre 1957. MM. John G. Laylin, Guillermo J. Cano et Eduardo Theiler ont présenté des mémoires très élaborés¹⁹. Ayant voté une Résolution, l'Association a chargé son comité de continuer l'étude et de présenter un nouveau rapport pour la prochaine conférence qui aura lieu à Miami en avril 1959^{19a}.

¹⁷ Publié, avec un commentaire, une riche documentation et une bibliographie, sous le titre : *Principles of Law on the Uses of International Rivers and Lakes*, Washington, 1958.

¹⁸ Le comité continue ses travaux et a récemment (février 1959) rédigé un addendum au commentaire de son projet sus-mentionné. — Sur les travaux précédents de la branche américaine ILA v. *Proceedings and Committee Report of the American Branch of the International Law Association 1955-1956*, pp. 82-85.

¹⁹ J. G. Laylin, *Principles of Law Governing Use of International Rivers*; G. J. Cano, *The Juridical Status of International (Non Maritime) Waters in the Western Hemisphere*; E. Theiler, *Los Rios, Lagos y Canales Internacionales*. Publié, avec la Résolution susdite, par l'Association dans un volume sous le titre : *Principles of Law Governing the Uses of International Rivers and Lakes*, Washington, 1958.

^{19a} La conférence a eu lieu et a reçu des rapports de la part de MM. Paz et Bloomfield. On a décidé de faire circuler les deux rapports et de reconsidérer la matière à la prochaine conférence qui aura lieu dans deux ans.

7. *L'American Bar Association, Section of International and Comparative Law*, possède aussi un comité d'études (*Committee on Uses of International Waters*) qui s'occupe de la matière. Tout récemment, le comité a pris en considération la question des diversions des eaux du lac Michigan. Il s'agit d'une question ayant un long historique, mais qui est de nouveau actuelle par le fait que le district sanitaire de Chicago a demandé l'autorisation d'augmenter les quantités d'eau à détourner du lac Michigan sans les rendre à leur cours naturel. Au cours des dernières années, la diversion a été deux fois autorisée par un projet de loi voté par le Congrès, mais le président Eisenhower a interposé son veto en donnant, entre autres, comme raison, que les diversions ont été autorisées sans négociations avec le Canada (qui a fait des objections). A la troisième reprise du même projet de loi, le Comité de l'*American Bar Association* a rédigé un rapport dans lequel il propose de désapprouver le projet. Le rapport expose l'historique de la question et les raisons de sa proposition en ajoutant que le projet serait un précédent indésirable pour le différend susmentionné au sujet des eaux des fleuves Kootenay et Columbia. Une nouvelle discussion s'est déroulée lors de la réunion du conseil de ladite section à Chicago, le 22 février 1959, à la suite de laquelle on a adopté une Résolution énonçant le principe qu'une diversion des eaux ne doit pas être effectuée unilatéralement sans consultation préalable avec les autres riverains intéressés et sans avoir recherché une solution conformément aux principes et procédures prévues à l'article 33 de la Charte des Nations Unies²⁰.

²⁰ "The Council, considering the report of the Committee on uses of International Inland Waters, approves, in conformity with its support of the Rule of Law, the principle that the United States or any State thereof should not unilaterally divert any boundary waters or international rivers without consulting with and obtaining

8. Parmi les organismes officiels, il faut en premier lieu mentionner le Conseil économique et social des Nations Unies qui a continué ses travaux, mentionnés au chapitre IV de l'Exposé préliminaire. L'étude entreprise comprend tous les aspects de l'économie des eaux et toutes les sortes d'utilisation, le développement des ressources disponibles, installations, aménagements, etc. Elle met en œuvre dans ce travail plusieurs institutions spécialisées, les commissions économiques régionales et les associations privées techniques et scientifiques. Un groupe d'experts a étudié les problèmes du développement de bassins fluviaux entiers. Son rapport contient des données très utiles pour notre étude. Un autre rapport récent et très intéressant est celui sur l'utilisation industrielle des eaux ²¹.

De même les commissions économiques régionales ont été actives dans ce domaine. Après New Delhi (1951) et Tokyo (1954) une troisième réunion de la Conférence technique régionale pour le développement des ressources en eau s'est réunie à Manille (4-12 décembre 1957). L'étude de l'utilisation des eaux a compris aussi les eaux souterraines ²².

the agreement of any interested foreign state or seeking a solution in accordance with the principles and procedures set out in the Charter of the United Nations and the procedures envisaged in Article 33 thereof, or other treaty provisions."

Le rapport du 17 mai 1958 et celui du 17 février 1959 n'existent qu'en forme mimeographiée. — Sur les dérivations du Lac Michigan v. *Proceedings of the American Society of International Law*, 1957, pp. 38-39, et T. R. Witmer, *Documents on the Use and Control of the Waters of Interstate and International Streams*, Washington, 1956, pp. 590-592.

²¹ Document E 3066 : *Integrated River Basin Development*. Report by a Panel of Experts, 1958. — Document E 3058 (ST/ECA/50) : *Utilisation industrielle des eaux*, Genève, 1958.

²² Document E/CN. 11/465 : *Report on the Third Regional Technical Conference on Water Resource Development*. — Voir aussi deux rapports du Secrétaire général sur le développement des pays

9. De son côté l'UNESCO a, en 1951, créé un comité consultatif spécial en vue d'étudier les problèmes des zones arides. On espère que des procédés nouveaux pourraient alléger la situation des pays qui, jusqu'alors, ont dépendu de quantités d'eau restreintes provenant de cours d'eau insuffisants. Six colloques précédés d'un vaste programme de recherches ont mis à jour une ample documentation qui renferme, quoique strictement d'ordre technique, des informations utiles pour l'étude des aspects juridiques connexes à l'utilisation des eaux en pays arides et semi-arides²³.

10. En dehors des écrits présentés aux conférences et sociétés susmentionnées, plusieurs auteurs ont été attentifs à

sous-développés : *A Preliminary Inquiry in Existing Hydrologic Services* (doc. E. 3070), *International Cooperation with Respect to Water Resource Development* (doc. E 3071). — Pour les travaux antérieurs v. Exposé préliminaire, chap. IV, note 8.

L'Administration de l'assistance technique des Nations Unies et la Commission économique pour l'Asie et l'Extrême-Orient ont organisé l'envoi de douze experts des pays d'Asie en Europe et en Amérique pour y étudier les problèmes de l'utilisation des eaux.

²³ V. les éditions UNESCO de son Programme de la zone aride : I. *Compte rendu des recherches relatives à l'hydrologie de la zone aride*, 1952. — II. *Actes du colloque d'Ankara sur l'hydrologie de la zone aride*, 1953. — III. *Directory of Institutions Engaged in Arid Zone Research*, 1953. — IV. *Reviews of Research on Problems of Utilization of Saline Water*, 1954. — V. *Ecologie végétale*. Actes du Colloque de Montpellier, 1955. — VI. *Ecologie végétale*. Compte rendu de recherches, 1955. — VII. *Energie solaire et éolienne*. Actes du Colloque de New Delhi, 1956. — VIII. *Ecologie humaine et animale*, 1957. — IX. *Guide des travaux de recherche sur la mise en valeur des régions arides*, 1957. — X. *Climatologie*, 1958. — XI. *Climatologie et microclimatologie*. Actes du colloque de Canberra, 1958. — V. aussi : *UNESCO's Programme for Arid Lands*. UNESCO Information Manual 3, Paris, 1958.

notre matière, soit en discutant de situations données, soit en étudiant la matière d'un point de vue général. Parmi ces écrits, il faut attirer l'attention sur les études concernant la pollution des eaux²⁴, sur les articles de MM. Basdevant, Boasson, Lador-Lederer et Pompe, sur une étude de M. Berber concernant une question méthodologique ainsi que sur la critique de ses vues par M. Fortuin, finalement sur deux études du comte Hartig dont les résultats méritent d'être brièvement rapportés au moyen de la conclusion de la deuxième de ses études²⁵.

L'objectif de l'auteur est de donner une base constructive

²⁴ *A. J. Karbe*, *Wasser, Segen und Gefahr*. Freiburg, 1957. — *A. S. Wisdom*, *The Law on the Pollution of Waters*, London, 1956.

²⁵ *J. Basdevant*, Contribution à l'étude juridique concernant l'utilisation domestique, agricole et industrielle des eaux. Recueil d'études en l'honneur d'Achille Mestre, 1956, pp. 9-25. — *Ch. Boasson*, *Sociological Excursions along International Rivers*. *Symbolae Verzijl*, 1958, pp. 52-66. — *C. A. Pompe*, *The Nile Waters Question*. *Symbolae Verzijl*, 1958, pp. 275-294. — *F. J. Berber*, Some methodological considerations concerning the study on the uses of waters of international rivers, submitted to the members of the Committee of the International Law Association, München, 1957. — *H. Fortuin*, *International Water Law*. *Ned. Tijdschrift voor intern. recht*, octobre 1957. — *E. Hartig*, Ein neuer Ausgangspunkt für internationale wasserrechtliche Regelungen: das Kohärenzprinzip. *Wasser- und Energie-wirtschaft*, Zürich 1958, et tirage à part. — *E. Hartig*, Die Grundsätze des internationalen Wasserrechts nach bisherigen Völkerrechtstheorien und nach dem Kohärenzprinzip. Dans: *Das Recht der Wasserwirtschaft*, Heft 7, München, 1959, pp. 49-63. — Voir aussi les autres indications bibliographiques de ce rapport et, pour l'étude de M. *Lador-Lederer* et autres, les bibliographies parues dans le volume mentionné supra, note 17, et dans: *P. Gieseke*, *Schrifttum und Rechtsprechung des Wasserrechts 1945-1955*, München, 1957 (droit international pp. 81-85). — Une bibliographie doit être publiée par les soins du comité de l'*International Law Association* présidé par M. *Knauth*.

pour la solution des différends nés au sujet de l'utilisation des eaux. Ses conclusions se résument comme suit :

1° Par suite de la cohérence naturelle de l'eau, tout cours d'eau, tout cours d'eau souterrain et toute aire de drainage doivent, dans une économie des eaux développée, être considérés non seulement comme une unité physique, mais aussi comme une unité économique.

2° Si cette unité se trouve séparée par des frontières internationales, tout Etat est seul souverain sur son territoire, mais il n'a pas le droit de disposer de sa partie nationale de façon que ladite unité serait, avec ou sans intention, sérieusement modifiée au delà de ses frontières, dans son caractère essentiel.

3° De même la prétention que doit être évité tout ce qui pourrait provoquer des changements sur le territoire propre, tend à disposer de l'unité physique et économique entière, ce qui est aussi une transgression des droits de la souveraineté.

4° Tout Etat est obligé, en ce qui concerne le voisinage sur les eaux, d'entrer en négociations en toute loyauté avant d'avoir fait une disposition qui a des effets au delà de ses frontières, ou bien avant de demander qu'une telle disposition soit faite.

5° Les négociations devraient, en partant du droit de chaque Etat à un usage raisonnable des eaux, être conduites de façon qu'aucun des Etats intéressés ne soit injustement grevé par des effets dommageables ou frustré. Il faudrait surtout qu'on prenne en considération le degré de dépendance des eaux ou de l'aire de drainage, les avantages économiques et sociaux mesurables qui en pourraient être tirés, puis les accords et les usages existants.

6° L'absence de la volonté de négocier constitue une négation de l'unité et du devoir d'entretenir des rapports de

voisinage ; dans ce cas, on pourrait plus difficilement faire objection à un procédé unilatéral de l'autre Etat.

7° Si les négociations n'aboutissent pas, à cause de divergences réelles, à un accord, il ne faut pas procéder unilatéralement ; au contraire il faut chercher en commun un moyen de solution. A cet effet, il est particulièrement approprié de former des commissions mixtes, en ayant recours, s'il y a lieu, à la participation de personnalités neutres.

II. Considérations générales

Ayant complété cette étude par les observations des membres de la Commission et par une nouvelle documentation, la Commission doit à présent rédiger un projet de Résolution qui sera proposé aux délibérations lors de la prochaine réunion de l'Institut. Le rapporteur doit donc tâcher de réduire en formules précises les résultats des travaux de la Commission. Ce ne sera qu'un essai (ci-après : Avant-projet) qui sera soumis aux membres de la Commission en vue d'obtenir leurs observations accompagnées des propositions d'amendements. Sur la base de ces propositions nouvelles on procédera alors à la rédaction d'un projet de Résolution définitif.

Ce travail sera divisé en deux parties. L'une comprendra les questions générales, l'autre sera consacrée à l'élaboration du texte avec exposé des motifs et commentaire. Le rapport ne suivra pas l'ordre des questions du Questionnaire qui seront disposées dans les deux parties selon la place qui leur revient d'après le plan du rapport. De la même façon trouveront leur place respective les observations et suggestions des membres de la Commission. Parmi les rares observations faites aux points XV et XVI du Questionnaire, il y en a deux qui ne trouvent leur place nulle part, et c'est pourquoi le rapporteur les signale dès maintenant à l'attention des

membres de la Commission pour leur demander si et comment on doit les placer dans l'ensemble de la Résolution que l'Institut devra finalement voter. M^{me} Bastid mentionne l'insertion d'un vœu concernant le financement des travaux d'aménagement, et M. Wright propose de prendre en considération les problèmes du contrôle des crues et de l'ensablement.

Avant d'élaborer un projet de Résolution, il faut déterminer le but à atteindre. Celui-là est tracé par une longue tradition des travaux de l'Institut de Droit international et par les tâches que l'Institut se propose de poursuivre. Il s'agit soit de constater et de formuler le droit international existant, soit de proposer des règles que l'Institut juge nécessaires pour perfectionner le droit existant ou pour combler ses lacunes. Il est donc évident que la seule tâche que le présent rapport doit envisager est de rédiger un texte contenant des règles qui, de l'avis de l'Institut, constituent le droit international actuel en la matière ou qui devraient la régir *de lege ferenda*. Dans ce but, il faut d'abord rechercher le droit positif et l'exprimer en formules bien précises. En le faisant, l'Institut est appelé aussi à examiner la question de savoir si les règles ainsi dégagées correspondent aux besoins de la réalité contemporaine, et, d'après le résultat de cet examen, il tâchera de trouver et de formuler des solutions *de lege ferenda* qui lui semblent adéquates. C'est ce que les Statuts de l'Institut ont en vue quand ils énoncent que l'Institut a pour but de favoriser le progrès du droit international « en poursuivant la consécration officielle des principes qui auront été reconnus comme étant en harmonie avec les besoins des sociétés modernes » (art. premier, § 2, litt. c).

En ce qui concerne l'opportunité de ce procédé, le rapporteur est de l'avis que les problèmes posés ont été suffisamment discutés et qu'il n'y a pas, entre les membres de la

Commission, de divergences d'opinion si importantes qu'elles obligeraient à une discussion additionnelle des questions préalables ou de fond. Il paraît donc que la Commission est en mesure de donner l'Avant-projet de Résolution.

1. *Objet des travaux de la Commission*

En répondant aux points III et IV du Questionnaire, les membres de la Commission sont d'accord que la tâche de la Commission comprend toutes les eaux non maritimes au sens large, y compris les eaux souterraines, et que le règlement futur vise les systèmes fluviaux entiers. D'accord pour les rivières souterraines, M^{me} Bastid hésite à envisager le cas des eaux phréatiques, car il ne lui apparaît pas que les aménagements dans un bassin fluvial aient des effets connus avec une certitude suffisante pour que l'on puisse en tirer des obligations juridiques générales. Puisque l'Avant-projet que le rapporteur soumet à la Commission ne contient que des règles générales, il espère que la Commission tombera d'accord que ces règles peuvent trouver leur application également aux eaux phréatiques. Si, dans un cas d'espèce, une partie intéressée affirme que l'autre partie a agi, en ce qui concerne ces eaux, contrairement à une règle du droit international, et s'il est possible de constater les effets nuisibles et de prouver l'illégalité des agissements en question, le juge ne pourrait qu'appliquer la règle invoquée. Si, au contraire, la partie demanderesse n'était pas en mesure de prouver, avec une certitude que le juge trouverait suffisante, le rapport entre cause et effet en ce qui concerne son cas, le juge devrait débouter le demandeur. D'ailleurs, l'hydrologie des eaux souterraines a récemment fait tant de progrès qu'il est à présent possible de déterminer, dans des limites raisonnables d'exac-

titude, l'existence, l'origine, la direction et le débit des courants d'eau souterraine²⁶. La prise en considération des eaux souterraines s'impose en outre à cause des conflits d'intérêts au sujet de ces eaux qui demandent à être résolus²⁷.

M. Muûls attire l'attention sur certains cas où les eaux de la mer peuvent avoir une influence préjudiciable par rapport aux eaux fluviales (par exemple le cas de la salaison des eaux

²⁶ *W. A. Hutchins*, Selected Problems on the Law of Water Rights in the West, 1942, p. 25 : "Such marked advances in ground-water hydrology have been made in recent years that it is now possible, within reasonable limits of accuracy, to determine the occurrence, origin, and direction and rate of flow of ground waters". — Un exemple de calculs très exacts en ce qui concerne les eaux souterraines est fourni par l'étude de *Koehlin*, Les eaux souterraines, leur utilisation comme eau potable, leur enrichissement artificiel, Lausanne, 1945. — Les travaux du Programme de la zone aride de l'UNESCO comprennent des études approfondies sur les eaux souterraines. Voir notamment le colloque d'Ankara (1952) consacré spécialement à ce sujet. On y a constaté que l'exploitation de plus en plus intense des réserves d'eau souterraines a fait baisser le niveau piézométrique et que l'eau ne jaillit plus spontanément des puits où auparavant l'eau jaillissait en abondance (*Linsley*, Quelques aspects du rôle des précipitations et des cours d'eau de surface dans la recharge des nappes souterraines, Programme de la zone aride, II. p. 144). M^{lle} *Rita Lopez de Llergo* a décrit un cas de processus de désertification par abaissement du niveau de la nappe souterraine (Le phénomène des captures, *ibid.*, pp. 156-162). — V. aussi *A. M. Agadzhanov*, Gidrogeologija i gidravlika podzemnyh vod, Moscou, 1947 ; *E.-A. Martel*, Nouveau traité des eaux souterraines, Paris, 1921 ; *O. E. Meinzer*, Outline of Ground-Water Hydrology. U. S. Geological Survey Water Supply Paper 494, 1923 ; *O. Smrecker*, Das Grundwasser, Leipzig, 1914 ; Document E. 2603 : *Mise en valeur et utilisation des ressources hydrauliques*, 1954.

²⁷ Un exemple des effets des travaux d'aménagement sur les eaux souterraines est donné par *Tarrius*, *op. cit.*, p. 167 : Le remous des eaux du Rhin près de Kembs causé par l'exécution des travaux d'aménagement hydroélectrique en vertu de l'accord du 10 mai 1922

fluviales du fait d'éclusages apportant des eaux marines aux eaux fluviales). De l'avis du rapporteur, ceci constituerait un cas de pollution qui est régi par les règles générales aussi bien que toute autre sorte de pollution. Enfin, M. Muöls estime que le terme « eaux internationales » n'est pas adéquat, puisque la tâche de la Commission est plus large, comprenant, entre autres, aussi les eaux souterraines. Le rapporteur est de l'avis qu'il faut donner suite à cette observation et, pour cette raison, il propose que notre Résolution porte tout simplement le titre « Résolution sur l'utilisation des eaux ».

Plusieurs membres de la Commission ont demandé que notre étude comprenne aussi la navigation, puisqu'une partie des cours d'eau qui font l'objet de cette étude est navigable. La question sera discutée aux sections 3 et 5 de la troisième partie de ce rapport.

(Rec. des tr. de la S. d. N., 26) a eu pour suite un élèvement du niveau de la nappe d'eau souterraine sous la ville de Bâle et la ville a été obligée de remanier son système d'égouts et d'installer des stations de pompage destinées à abaisser la nappe d'eau souterraine. — Lucerne a voulu utiliser la nappe d'eau souterraine d'Engelberg, mais a dû abandonner le projet à cause de la possibilité de suites néfastes (*Kurz, Kraftnutzung an internationalen Gewässern, 1933, p. 2*). V. aussi le cas des « Salines de Zurzach » mentionné à *l'Annuaire suisse de droit international, 1957, pp. 167-168*.

En Egypte, en Malaisie, au Pakistan et ailleurs on est en train de découvrir des ressources d'eau souterraine importantes. Le cas échéant, ces quantités peuvent entrer en ligne de compte pour le calcul de la proportionnalité d'utilisation entre plusieurs Etats intéressés au même bassin fluvial. Voir *P. Lenk-Chevitch, The Buried Rivers of Malaya, United Nations Review, December 1958, pp. 23-26*. Au sujet de l'iller v. *Liermann, Das Recht des Grundwassers, dans Württemberger Gemeindezeitung, 1952, p. 177*. — On découvre les eaux souterraines aussi au moyen de sondages électriques (*Cagniard, La prospection géophysique des eaux souterraines, Programme de la zone aride, II, pp. 184-190*).

M. Feinberg est le seul membre qui a fait une réserve en observant qu'on ne peut pas affirmer l'existence d'une règle coutumière en la matière et qu'on n'y pourra formuler des règles que *de lege ferenda*. De l'avis du rapporteur, les règles qu'il propose à la Commission sont bien applicables en tant que *lex lata* à toutes les parties d'un système fluvial. Pour cette raison, et en se conformant à l'avis de la grande majorité des membres de la Commission, le rapporteur propose de formuler le *premier article de l'Avant-projet* de la façon suivante :

Les règles ci-après s'appliquent à l'utilisation des eaux faisant partie d'un bassin fluvial qui s'étend sur le territoire de deux ou plusieurs Etats.

Cette formule comprend toutes les eaux de tout bassin fluvial qui est international dans ce sens qu'il s'étend sur le territoire de deux ou plusieurs Etats.

En ce qui concerne le terme « eaux faisant partie d'un bassin fluvial²⁸ », il a été choisi après consultation de plusieurs ouvrages d'hydrologie et de géomorphologie. Pour justifier le terme, le rapporteur se permet de citer les passages suivants :

« Les cours d'eau sont ordinairement organisés en réseaux-, systèmes fluviaux (stream-, river systems ; Fluss-, Stromnetze, -systeme). A chacun correspond une aire d'alimentation, aire de drainage (feeding-, gathering ground, catchment, drainage area ; Einzugs-, Ernährungs-, Entwässerungsgebiet) qu'on assimile à un bassin : bassin fluvial, bassin hydrographique, bassin-versant, impluvium (river-, hydrographical basin ; Fluss-, Strombecken). Ses limites, par rapport aux bassins adjacents, sont des lignes de

²⁸ Les différents textes et projets existants ont adopté divers termes : eaux internationales (Déclaration de Montevideo), système des eaux internationales, système des eaux d'intérêt international, système fluvial international (Eagleton), bassin fluvial (*Smith*, Document 3066).

partage des eaux (water partings, watersheds, divides ; Wasserscheiden)²⁹. »

« A river, or drainage, basin is the entire area drained by a stream or system of connecting streams such that all streamflow originating in the area is discharged through a single outlet. Multiple channels through alluvial delta deposits constitute a single outlet... The drainage area of a basin is the plane area enclosed within its divide³⁰. »

Il paraît donc que le terme « eaux faisant partie d'un bassin fluvial » pourra être accepté à l'unanimité. Il couvre toutes les eaux, autant celles de surface que les eaux souterraines³¹. L'adjectif « international » qui a rencontré des critiques est évité par la substitution d'un qualificatif plus précis « qui s'étend sur le territoire de deux ou plusieurs Etats ». Ce terme couvre aussi les cours d'eau qui forment la frontière entre deux Etats, puisque leur superficie entière est

²⁹ H. Baulig, Vocabulaire franco-anglo-allemand de géomorphologie, Paris, 1956, n° 92.

³⁰ R. K. Linsley-M. A. Kohler-J. L. H. Paulhus, Applied Hydrology, 1949, pp. 243 et 245.

³¹ W. A. Hutchins, Selected Problems on the Law of Water Rights in the West, Washington, 1942, p. 1, donne la classification suivante :

- A. Waters on the surface of the earth :
 - a. Diffused surface waters.
 - b. Surface waters in watercourses.
 - 1. Waters flowing in well defined channels.
 - 2. Waters flowing through lakes, ponds, or marshes which constitute integral parts of a stream system.
 - c. Surface waters in lakes or ponds where the evidence fails to indicate connection with a stream system.
 - d. Spring waters.
 - e. Waste waters.
- B. Waters under the surface of the earth.
 - f. Ground waters.
 - 1. Waters flowing in defined subterranean channels.
 - 2. Diffused percolating waters.

divisée entre les deux pays limitrophes et appartient ainsi au territoire de l'un ou l'autre d'entre eux. Le rapporteur ne croit pas qu'il soit nécessaire de distinguer entre les eaux dites successives et celles dites contiguës, au moins dans le stade actuel de nos travaux, l'Avant-projet ne contenant que des règles très générales qui sont applicables aux deux catégories.

*2. Existence de règles du droit international régissant
l'utilisation des eaux*

Cette question est l'objet du point V du Questionnaire et connexe à celle du point VII. Dans les observations des membres de la Commission, elle a été résolue à l'unanimité dans le sens affirmatif, quoique avec des nuances sensibles. MM. Castrén, v. d. Heydte, Kraus, Muûls et Wright ont simplement répondu par « oui », d'autres membres ont énoncé leur pensée d'une façon plus explicite. Quelques-uns n'ont admis que l'existence de certains principes généraux. M. Feinberg ajoute que le nombre de règles est minime. M^{me} Bastid reconnaît l'existence de règles de droit international en la matière, mais elle doute que des règles très détaillées puissent être posées, puisque les situations de fait varient beaucoup. Il lui paraît douteux qu'un ensemble de règles cohérentes soient aujourd'hui reconnues par les Etats comme obligatoires, dans les termes proposés au point VIII du Questionnaire. M. Briggs est sceptique quant à l'existence de règles, mais il est convaincu de l'existence de certains principes d'après lesquels un Etat est responsable s'il a omis de prévenir l'utilisation de son territoire au préjudice d'un autre Etat. Il croit qu'il ne sera pas difficile de formuler, en s'inspirant de ces principes généraux, des règles régissant l'utilisation des

eaux. Pour le baron v. d. Heydte on peut dégager du principe *Sic utere tuo...* une série de normes qui sont déjà consacrées par la coutume internationale et formulées dans nombre de traités. M. Bolla introduit un moment d'inquiétude en ajoutant à sa réponse affirmative l'observation qu'il y a au moins deux règles qui peuvent se révéler inconciliables³².

Malgré ses réserves, M^{me} Bastid est en faveur de l'énoncé de quelques règles. En ceci, ses idées adoptent, en général, quelques formules proposées au Questionnaire. La règle proposée au point VIII-1 correspond à la proposition de M^{me} Bastid sur le droit de l'Etat « d'exécuter les travaux sur la section du fleuve se trouvant sur son territoire ». En ce qui concerne le point VIII-2 du Questionnaire, M^{me} Bastid reconnaît expressément « l'obligation de s'abstenir d'usages polluant les eaux ou causant un dommage appréciable au territoire ou aux usagers d'un autre Etat ». Quant aux règles des points VIII-3 et VIII-4, M^{me} Bastid parle du « partage des avantages », des « compensations aux dommages » et des « compensations adéquates », idées qui trouveront leur expression dans l'Avant-projet. Enfin, M^{me} Bastid est aussi en faveur de certaines règles au sujet des questions posées aux points IX et X du Questionnaire.

³² M. Muûls observe avec raison que « la circonspection souvent trop poussée quant à la reconnaissance de règles universellement admises aboutit finalement à entraver le but essentiel que s'est donné l'Institut, à savoir le progrès dans le développement du droit international ». Jusqu'à l'arbitrage de Trail on n'a pas pu constater une coutume, ne fût-ce que régionale, interdisant spécialement de causer des dommages par la fumée. Le tribunal a pourtant appliqué de façon appropriée le droit international existant. A présent, on ne peut pas dire qu'une coutume spéciale ait formé une règle interdisant de provoquer des dommages sérieux par des radiations hors de la frontière. Cependant, le juge international ne pourrait, en disant le droit, que trouver que tels effets de radiation sont interdits.

En concluant, le rapporteur croit être fondé de dire que les membres de la Commission sont unanimes à reconnaître l'existence de certaines règles de droit international concernant l'utilisation des eaux, quitte à déterminer le contenu de ces règles et le libellé du texte que la Commission a pour tâche de rédiger.

Par ailleurs, une attitude similaire (affirmative) est prise par les différents auteurs et groupes qui se sont occupés du même problème. Tous les travaux de l'*International Law Association* prennent comme point de départ une vue affirmative en ce qui concerne l'existence desdites règles. La Résolution de New York dit expressément que le droit international conventionnel et coutumier contient des règles régissant les utilisations des eaux des bassins de drainage situés sur les territoires de deux ou plusieurs Etats. A la différence de ces règles contenues dans la première partie de la Résolution, il y en a d'autres que les rédacteurs ont formulées en tant que simples recommandations, soulignant ainsi davantage que le contenu de la première partie de la Résolution est formée des règles de droit international positif. La Résolution de l'*Inter-American Bar Association* (Buenos Aires 1957) constate aussi que les règles de son article premier font partie du droit international existant.

Les mêmes vues se trouvent dans un projet de la branche allemande ILA et dans celui du professeur Smith qui, il y a bien des années, a pourtant sérieusement mis en doute l'existence des règles du droit positif en notre matière³³.

L'opinion sur l'existence des règles du droit international en la matière s'appuie également sur la pratique récente. Dans l'affaire du Lac Lanoux, les deux parties ont affirmé l'existence de telles règles. Notamment la France a dès 1922

³³ Cf. H. A. Smith, *The Economic Uses of International Rivers*, 1931, pp. 152-154.

reconnu que ses droits de souveraineté étaient limités par le devoir de respecter les intérêts de l'autre riverain, non seulement en vertu des obligations conventionnelles, mais aussi d'après le droit international commun³⁴. En exposant ses vues, le gouvernement français a pris aussi en considération les règles du « droit des gens » auxquelles il a consacré un chapitre entier de son mémoire (pp. 58-66) en tenant à prouver que son projet est « conforme aux principes du droit des gens ». Le Gouvernement espagnol est également de l'avis que les rapports au sujet de l'utilisation des eaux sont réglés par le droit international et consacre à cette question une large part de ses arguments. Enfin, le tribunal arbitral lui-même a examiné l'affaire non seulement du point de vue des traités en vigueur, mais aussi à la lumière du droit international commun³⁵.

3. *Lex lata et lex ferenda*

Cette question a été traitée dans deux points du Questionnaire. Le point VI demande si notre tâche doit se borner aux règles *de jure condito*, et le point XII pose la question de savoir si les membres de la Commission sont préparés à accepter les règles proposées par le rapporteur aussi *de jure condendo* s'ils ne les considèrent pas être des règles du droit en vigueur.

La plupart des membres de la Commission sont de l'avis que la tâche de la Commission comprend aussi bien les règles *de jure condito* que celle *de jure condendo*. Quelques membres désirent en premier lieu dégager le droit existant, mais ne

³⁴ Note française du 1^{er} mai 1922, citée au contre-mémoire français, p. 6.

³⁵ Sentence du 16 novembre 1957, section 2.

s'opposent pas à ce que les règles ainsi dégagées soient complétées par celles *de lege ferenda*. Si M. Briggs plaide pour une formulation de règles *de lege ferenda*, c'est la conséquence de ses vues sur le point V du Questionnaire. Or, de l'avis du rapporteur, en dégagant des règles sur la base des principes généraux, on formule des règles qui sont déjà du domaine du droit en vigueur. M^{me} Bastid n'a pas donné de réponse directe à la question, mais on peut conclure de ses réponses sous V à IX qu'elle propose autant l'énonciation des principes du droit existant (3^o) que l'introduction des règles nouvelles sur la procédure à suivre (1^o).

Quant au point XII du Questionnaire, les membres de la Commission sont presque unanimes à admettre les règles proposées aussi *de lege ferenda*, à l'exception de M. Muûls qui considère la question comme prématurée. Notons que quelques membres affirment que toutes les règles du point VIII sont du droit positif. M. Castrén n'est pas sûr que cela soit le cas des règles des points VIII-4 et X, mais il les propose également *de lege ferenda*.

Pour conclure, le rapporteur croit que la meilleure manière de procéder est celle de fixer les règles de la *lex lata* et de ne les compléter par des règles *de lege ferenda* que là où il paraît qu'il est nécessaire de recevoir un système de règles acceptable et utilement applicable. En ceci, il croit répondre aux avis exprimés par la plupart des membres de la Commission. Dans son Avant-projet, le rapporteur s'est efforcé de rester dans le cadre de la *lex lata*. Pour cette raison, les articles 6 et 8 ne sont que des recommandations, et l'article 7 se borne aux situations qui correspondent à la définition de l'article 33 de la Charte des Nations Unies. Quant aux règles des articles 9 et 10, le rapporteur croit qu'elles peuvent être déduites du droit existant, mais il est prêt à les proposer aussi *de lege ferenda*, si les membres de la Commission ne partagent

pas son avis sur ce point. Il se déclare aussi prêt à faire des pas en avant vers le domaine de la *lex ferenda* sur d'autres points, notamment pour l'article 7, si les membres de la Commission étaient en faveur d'une telle solution.

4. Principes généraux ou règles de détail

Le point 2 du Questionnaire a suscité quelques divergences, mais, dans les grandes lignes, tous les membres de la Commission recommandent de limiter le travail aux principes généraux. D'après M. Castrén, ceci correspond à la pratique antérieure de l'Institut dont la tâche deviendrait trop vaste et plus difficile encore, si on poussait l'étude dans les détails. M. Castrén estime que, pour le début, il suffit de s'occuper des problèmes soulevés par l'Exposé préliminaire. M. Feinberg demande de préciser les principes directeurs sans entrer dans les détails. D'après M. Kraus, il faut se limiter aux matières suffisamment étudiées, et, pour lui, la question XIII (ordre des priorités des besoins) n'en fait pas partie, tandis que la question XIV (aménagement par accord des Etats intéressés) doit être traitée avec une certaine réserve.

M. Muûls parle d'une étude progressive, par étapes, ce qui, à juger d'après ses autres réponses, veut dire que l'étape actuelle devrait se limiter aux principes généraux. Le baron v. d. Heydte est aussi en faveur des principes généraux et voudrait relier notre étude aux problèmes plus vastes du droit de voisinage. M. Briggs désire que, tout en développant les principes généraux, on étudie les points du Questionnaire dans quelques détails.

M. Wright, tout en approuvant la limitation aux principes généraux, désire que le travail de la Commission aboutisse à arrêter quelques directives (*guidance*) pour la conclusion, entre

Etats riverains, d'accords réglant l'utilisation des eaux des bassins fluviaux particuliers. Enfin, M^{me} Bastid constate que deux voies sont possibles : se borner à formuler des principes faisant droit ou susceptibles de faire droit entre Etats, ou bien énoncer des questions qu'il y aurait intérêt à régler dans des conventions à conclure entre Etats intéressés. Dans le second cas, le champ d'investigation serait plus ample. M^{me} Bastid plaide en faveur de la seconde alternative disant qu'elle tient plus exactement compte des conditions dans lesquelles le problème se présente aujourd'hui.

M. Bolla approuve le cadre proposé par l'Exposé préliminaire. *De jure condito* il ne faudrait formuler que quelques règles standard.

Le rapporteur se rallie aux vues de ses confrères : l'Avant-projet se borne à énoncer les règles de portée générale sans entrer dans les détails. Par ailleurs il renvoie à la question connexe du choix de départ qui est traitée à la partie III du rapport.

5. *Le renvoi à l'équité*

Le renvoi à l'équité, sujet du point XI du Questionnaire, est approuvé par MM. Bolla et Wright. M. Bolla est de l'avis que le principe de la proportion des besoins renferme un renvoi à l'équité. Il admet de faire ce renvoi explicitement. D'après M. Castrén, les éléments de l'équité sont déjà contenus dans une mesure suffisamment large dans les règles exposées au Questionnaire, par exemple dans celle du point VIII-3. Contrairement à M. Bolla, M. Castrén craint « qu'une référence générale à l'équité soit propre à affaiblir les autres règles en les modifiant dans un sens trop élastique ». M^{me} Bastid est de l'avis qu'il n'est pas nécessaire de faire une

mention spéciale de l'équité étant donné l'orientation générale qui devrait être donnée à une Résolution de l'Institut. M. Feinberg relie cette question au point VIII-3. M. Briggs croit que la référence à l'équité est désirable dans la formulation des règles *de lege ferenda*. MM. Briggs et Muñiz disent que le renvoi à l'équité dépend de la façon par laquelle les autres règles seront formulées. Pour cette raison, M. Muñiz considère cette question comme prématurée. Quant au baron v. d. Heydte, il s'oppose décidément au renvoi à l'équité, et il en donne deux raisons. D'abord, l'équité ne joue un rôle que *de lege ferenda* et on ne peut s'y référer en parlant du droit existant. En second lieu, il lui paraît inutile si on applique comme principe du droit existant le principe de proportionnalité, observation qui est identique à celles déjà citées de MM. Bolla et Castrén.

Compte tenu, d'une part, des observations des membres de la Commission, de l'autre part du caractère de l'ensemble des dispositions du projet de Résolution, le rapporteur ne croit pas qu'un renvoi à l'équité explicite soit nécessaire ou désirable.

III. Avant-projet de Résolution

1. Point de départ et plan d'ensemble

Les travaux récents sur la matière, autant ceux de la neuvième Commission que ceux qui ont été entrepris en dehors de l'Institut, montrent des différences en ce qui concerne le point de départ servant pour l'élaboration soit d'un corps de règles devant régir les rapports en question, soit de toute autre proposition visant à donner une solution aux problèmes qui s'y posent. En analysant les observations des membres de

la Commission et les autres travaux, on peut, en général, constater l'existence de trois courants d'opinion.

1° Un premier courant d'opinion est enclin à considérer en premier lieu le côté technique des problèmes d'aménagement des eaux en vue de leur utilisation. Ayant en vue que, pour chaque cas concret où se trouvent engagés les intérêts de plusieurs pays, il y a plusieurs solutions techniques acceptables et que la meilleure solution est celle qui donne le plus de bénéfices à l'ensemble des partenaires, on propose la voie de l'entente sur la base de l'avis des techniciens spécialistes. Cette manière de voir apparaît dans les observations de plusieurs membres de la Commission. M. Bolla propose que le projet de Résolution de l'Institut recommande aux Etats intéressés de s'entendre en vue d'une utilisation concertée. Le baron v. d. Heydte place cette recommandation au préambule. M^{me} Bastid veut orienter la Résolution de l'Institut dans un sens différent de celui qui consiste à formuler des règles permettant d'apprécier *a posteriori* la régularité du comportement d'Etats ayant agi dans le cadre de leur compétence territoriale. Quoiqu'elle soit convaincue de l'existence des règles de droit international relatives à l'utilisation des eaux internationales, M^{me} Bastid doute qu'un ensemble de règles cohérentes soient aujourd'hui reconnues par les Etats comme obligatoires dans les termes proposés au Questionnaire. Pour cette raison, l'Institut devrait s'efforcer de chercher à formuler des principes qui puissent guider les Etats lorsqu'ils envisagent d'entreprendre sur des eaux internationales des travaux d'aménagement susceptibles d'affecter la situation d'autres riverains et puissent, en conséquence, leur éviter des contestations ultérieures. Il ne faut pas, dit M^{me} Bastid, négliger le fait que l'utilisation d'un bassin fluvial doit, pour en obtenir le meilleur rendement, être considérée dans son ensemble et parfois en fonction d'autres données économiques (sources parallèles

d'énergie, etc.)³⁶. Les aménagements désirables et par conséquent les rapports à instituer entre Etats à ce propos sont susceptibles de solutions très variables. On pourrait concevoir que l'Institut énonce certains moyens qui permettent dans la pratique d'ajuster les intérêts des Etats en présence. M^{me} Bastid en conclut : « En somme il s'agirait de montrer par quelles combinaisons de prestations peuvent être compensées les conséquences de travaux opérés en territoire étranger. Il s'agit d'ailleurs de procédés bien connus dans la pratique : tels la fourniture d'énergie électrique, la restitution d'eaux équivalentes, etc. » En dernière conséquence, M^{me} Bastid propose que le projet de Résolution détermine des procédures à suivre dans l'aménagement des eaux internationales (obligation d'avertir les Etats intéressés, examen en commun du projet d'aménagement, droit des Etats intéressés de participer à cet examen) et énonce quelles questions seraient à régler dans une convention sur l'aménagement d'eaux internationales (situation des ouvrages, part prise par chaque Etat aux travaux, partage des avantages, compensations possibles aux dommages, organes de surveillance du régime institué, participation éventuelle d'une instance internationale, etc.).

M. Castrén indique aussi son désir que le projet de Résolution s'inspire du système adopté dans la Convention de Genève de 1923.

Le rapporteur s'est inspiré de ces observations en remaniant l'ensemble et en rédigeant le texte des articles de l'Avant-projet.

Aussi en dehors des travaux de l'Institut, la même tendance s'est fait jour. Elle apparaît surtout dans les travaux de l'*International Law Association*. L'article VI de la Résolution de Dubrovnik oblige les Etats qui projettent de nouveaux amé-

³⁶ Ce sont des facteurs qu'il faut prendre en considération du côté positif dans la détermination des proportions des besoins.

nagements à consulter préalablement les autres Etats intéressés, à rechercher, si l'accord n'est pas atteint, l'avis d'une commission technique et, enfin, à recourir à l'arbitrage, si l'avis de la commission technique n'a pas abouti à une entente. Notons, toutefois, que la Résolution de Dubrovnik envisage en premier lieu d'exposer des règles de droit régissant la matière (articles II à V), et que, finalement, elle propose la voie de l'arbitrage, ce qui suppose l'existence de certaines règles du droit international et leur application en cas de différends. Cette primauté des aspects juridiques est maintenue au cours des travaux ultérieurs de l'*International Law Association*. Le professeur Eagleton a placé l'idée de l'article VI de la Résolution de Dubrovnik parmi les recommandations. C'est aussi la méthode de M. Smith. Dans la Résolution de New York, les procédures tendant à conduire à un accord parmi les Etats intéressés figurent dans la section des recommandations, section qui est d'ailleurs précédée par une autre contenant des principes de droit.

Le rapporteur de la Commission a également, dans son Exposé préliminaire (partie V), souligné le fait que les règles que l'Institut pourra dégager dans une Résolution éventuelle peuvent assurer un arrangement équitable, mais que, pour atteindre l'utilisation la plus profitable des eaux que la nature met à la disposition de l'humanité, il sera très souvent nécessaire de recourir aux accords entre les parties intéressées. Toutefois, la voie indiquée par les opinions que nous venons de citer, prise comme point de départ de ce que l'Institut se propose de formuler, ne semble pas répondre à la tâche de la Commission et aux besoins réels que l'Institut est appelé à satisfaire. S'il est vrai, comme on le pourrait déduire de certaines énonciations extrêmes, que les conflits d'intérêts concernant l'utilisation des eaux ne sont pas susceptibles d'être résolus par les tribunaux et que leur solution juste ne peut

pas être administrée dans le cadre des règles juridiques³⁷, l'Institut de Droit international s'efforce en vain de formuler ces règles. L'Institut ne peut faire qu'œuvre de juriste et de codificateur, il ne peut servir comme expert ou administrateur technique. Cela se trouve en dehors de ses tâches, et ses membres ne sont pas appelés à donner leur avis sur les diverses possibilités d'ordre technique. Bien plus, ces solutions sont si riches en variations et combinaisons selon les multiples données de chaque cas individuel qu'ils est impossible de réduire les innombrables solutions possibles en formules générales. Pour cette raison, il ne faut pas choisir les vues extrêmes caractéristiques de ce courant d'opinion, et plutôt suivre l'opinion de ceux qui, tout en soulignant l'importance des solutions « extra-juridiques », demandent aussi qu'on détermine les règles devant régir les rapports juridiques concernant l'utilisation des eaux. Telle est, parmi les autres, l'opinion de M^{me} Bastid et des autres membres ci-dessus cités de la neuvième Commission. C'est la voie choisie par l'*International Law Association*. En dehors de ce cercle, M. Pompe plaide pour une codification des règles de droit international à l'exclusion des considérations d'équité et des desiderata d'ordre économique³⁸. Et même les experts techniques éprouvent le besoin de règles de droit et demandent l'élaboration d'un code de droit international³⁹.

Dans cet ordre d'idées, l'Avant-projet de Résolution que le rapporteur soumet aux membres de la Commission contient deux articles (6 et 8) recommandant aux parties intéressées d'entrer en négociations et d'avoir recours, dans ce cas, aux services des experts et des organismes appropriés. De plus,

³⁷ H. A. Smith, *The Waters of the Jordan. International Affairs*, 1949, p. 423.

³⁸ Voir *supra*, note 16.

³⁹ Voir *supra*, note 15.

le préambule (paragraphe 3, 4 et 5) attire l'attention sur les avantages des procédures où on s'efforce d'arriver à un accord visant un aménagement en commun.

2° Ayant ainsi adopté ce qui nous paraît utile du premier courant d'opinion, il faut se demander quelle voie suivre pour la rédaction d'un corps de règles de droit international régissant l'utilisation des eaux. Il y a eu jusqu'alors deux façons d'approcher le sujet. L'une est représentée par la Résolution de New York dont l'article premier dispose : « Un système de fleuves et de lacs se trouvant dans un bassin de drainage doit être traité comme un tout (et non par parties). » On peut faire remonter l'origine de cet article au projet Knauth⁴⁰, à la première section qui porte le titre *Purpose and scope*, tandis que les « Principes de droit » se trouvent dans la troisième section. Le projet de M. Knauth (I-3) pose le principe de la coopération dans les problèmes de l'utilisation des eaux grâce à laquelle on atteint le maximum de bénéfices en traitant des bassins entiers comme un tout indivisible. Le changement qui s'est produit dans la Résolution de New York consiste en ce que la phrase sur l'unité des bassins fluviaux est érigée en principe de droit. Il faut donc se demander quelle est la portée et la signification juridique de ce principe. L'idée de l'unité juridique d'un fleuve ou d'un système fluvial international, apparue, quant à la navigation, aux temps de la Révolution française et du Congrès de Vienne⁴¹, a été maintes fois reprise par les auteurs. Lors des travaux qui ont conduit à la Résolution de Madrid, W. Kaufmann et Engelhardt parlent de l'unité naturelle des cours d'eau et de l'interdépendance physique per-

⁴⁰ Et au projet *Eagleton*, en forme de recommandation (X).

⁴¹ E. Kaufmann, Règles générales du droit de la paix. Académie de droit international. Recueil des cours 54, 1935, p. 394.

manente des riverains, le terme interdépendance étant accepté par le rapporteur von Bar et figurant deux fois à l'exposé des motifs de la Résolution de Madrid⁴². L'idée d'interdépendance se retrouve dans la jurisprudence. La Cour suprême d'Italie parle d'un « consortium créé par la nature du fleuve » et d'une solidarité entre riverains⁴³. La Cour permanente de Justice internationale dit que la communauté d'intérêt devient la base d'une communauté de droit⁴⁴. Des vues analogues apparaissent chez les auteurs⁴⁵, mais rares sont ceux qui concluent de l'unité physique à une « communauté de droits et d'obligations »⁴⁶ ou à une unité juridique de la chose⁴⁷. M. Smith en donne la meilleure preuve.

Dans son ouvrage si important il dit :

“ The first principle is that every river system is naturally an indivisible unit, and that as such it be developed as to render the greatest possible service to the whole human community which it serves⁴⁸ ”.

Toutefois, dans son projet de codification, M. Smith ne déduit pas de cette unité *physique* des conséquences pareilles à celles

⁴² *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1911, pp. 180, 184, 197 et 365.

⁴³ Société Electrique du Littoral Méditerranéen v. Compagnia Imprese Elettriche Liguri. *Diritto Internazionale*, 1939, pp. 321-322.

⁴⁴ *Publications de la Cour, série A 23*, p. 27.

⁴⁵ E. Kaufmann, 1. c. — A. W. Quint, *International Rivierenrecht betreffende gebruik tot andere doeleinden dan de scheepvaart*, 1930, p. 37.

⁴⁶ S. Cardona, *El régimen jurídico de los ríos internacionales. Revista de derecho internacional (Habana)*, 1949, pp. 25-26.

⁴⁷ E. Hartig, v. *supra*, première partie, section 10.

⁴⁸ H. A. Smith, *The Economic Uses of International Rivers*, 1931, pp. 150-151, accepté par G. Gidel, *Le régime des fleuves internationaux*, cours à l'Institut des hautes études internationales (miméogr.), Paris, 1948, p. 58.

qu'on trouve dans la Résolution de New York. L'unité physique comporte unité entre cause et effet⁴⁹, et c'est par là qu'elle forme la base des règles régissant les rapports de voisinage international en général. Au contraire, l'idée d'une prétendue unité juridique d'un cours d'eau ou d'un système fluvial n'est pas reconnue en droit international. Elle est rejetée par les auteurs et par la jurisprudence. M. Sauser-Hall dit dans son cours de La Haye : « L'idée d'un co-imperium... ne trouve pas le moindre appui dans la pratique internationale⁵⁰. » La récente sentence arbitrale sur le Lac Lanoux se prononce dans le même sens (section 12). Il ne peut en être autrement. L'unité physique des terrains et des cours d'eaux est un fait indéniable, mais elle n'est pas le facteur décisif en ce qui concerne la question de leur unité économique ou juridique. Quand on parle, dans les rapports internationaux, de l'unité économique il faut en premier lieu prendre en considération le fait que l'économie nationale de tout pays forme une unité aussi du point de vue juridique, puisqu'elle est fermement encadrée par une ample législation nationale (et par contraste aussi par les législations d'autres pays) comportant, entre autres, barrières douanières, systèmes différents d'impôts, etc. Elle est aussi reconnue par l'ensemble des règles du droit international. L'aménagement des eaux fait, lui aussi, partie de l'ensemble de l'économie nationale de chaque pays, et il correspond aux besoins et au stade du développement individuel de chaque pays⁵¹.

On peut conclure que le premier principe de la Résolution

⁴⁹ *Andrassy*, Les relations internationales de voisinage. Recueil des cours, 69, 1951, p. 108.

⁵⁰ *G. Sauser-Hall*, L'utilisation industrielle des fleuves internationaux, cours à l'Institut des hautes études internationales (miméogr.),

⁵¹ Cette pensée correspond à celle de M^{me} Bastid au sujet du point IV de l'Exposé préliminaire.

de New York ne peut pas être considéré comme un principe du droit international actuellement en vigueur. On peut le concevoir *de lege ferenda*. Il est indéniable que les frontières d'Etats sont très souvent un obstacle au meilleur aménagement et à l'utilisation la plus complète des richesses en eau que la nature a mises à la disposition de l'humanité en un point donné. Dans beaucoup de cas, les meilleures solutions d'aménagement et d'utilisation peuvent être obtenues par un plan d'ensemble englobant le système fluvial entier⁵². On cite, à ce propos, l'exemple célèbre de la *Tennessee Valley Authority* qui doit son succès à un abandon partiel des droits individuels des unités politiques intéressées⁵³. Telle a été la voie choisie par la Convention de Genève de 1923. D'ailleurs, l'idée est déjà clairement exposée par W. Kaufmann dans ses contre-propositions au projet de l'Institut de Droit international de 1911. Dans l'article I de celles-ci, il dit : « Les Etats riverains... doivent autant que possible s'entendre pour

⁵² "The most satisfactory settlement of disputes of this kind is by agreement, the parties adopting the same technical solution of each problem, as if they were a single community undivided by political or administrative frontiers" (Conclusions de la Commission Rau, I). — "It is now widely recognized that individual water projects—whether single or multipurpose—cannot as a rule be undertaken with optimum benefit for the people affected before there is at least the broad outlines of a plan for the entire drainage area (Document 3066, cité à la note 21).

⁵³ L'exemple est donné pour l'aménagement de l'Indus par M. Lilienthal dans un article cité dans les *Proceedings of the American Society of International Law*, 1957, p. 31. — Voir les ouvrages de H. Finer (The T.V.A. Lessons for International Application, Montreal, 1944, spécialement pp. 216-236 : The Problem of an International T.V.A.) et Ch. T. Main, *The Unified Development of the Water Resources of the Jordan Valley Region*. Prepared at the Request of the United Nations under the Direction of the Tennessee Valley Authority, Boston, 1953.

réaliser, par les usages à faire de ces eaux, le maximum d'avantages pour toute la contrée arrosée par un pareil cours d'eau ou lac. »

3° Une troisième solution en ce qui concerne le choix du point de départ est celle qui a été adoptée dans l'Exposé préliminaire et qui servira de base pour l'élaboration du projet du présent rapport. Ainsi qu'on le verra lors de la discussion des premiers articles de l'Avant-projet, c'est ce même point de départ qui a été aussi choisi par d'autres qui se sont occupés de la matière, notamment pour la Déclaration de Montevideo, par l'*Inter-American Bar Association*, par le professeur H. A. Smith, et même par l'*International Law Association* jusqu'à la rédaction qui a précédé celle de New York, enfin par le Mémoire Griffin. Le choix de ce point de départ peut être motivé par les considérations suivantes.

Les règles que l'Institut se propose de rédiger doivent servir en cas de désaccord entre Etats intéressés à l'aménagement et l'utilisation d'un cours d'eau ou d'eaux appartenant au même système fluvial. Notre projet contiendra des recommandations conseillant aux Etats de rechercher des solutions d'aménagement en commun garantissant le meilleur rendement des eaux disponibles. En cas d'accord amiable — ne fût-ce que par la voie de consultations d'experts ou par l'entremise d'institutions internationales appropriées (voir l'article 8 de l'Avant-projet) — nul besoin de recourir aux règles de droit international contenues dans notre projet. Elles n'entrent en jeu qu'au cas où un conflit d'intérêts n'a pas été réglé à l'amiable. Dans ce cas, une partie aura proposé d'entreprendre des travaux en vue d'un aménagement des eaux pour une utilisation quelconque. L'autre partie (ou plusieurs autres parties) s'oppose à l'exécution du projet prétendant que celui-là lui causera des dommages. Dans cette situation deux

solutions sont possibles. La partie qui a formé le projet peut passer outre à l'opposition du coriverain auquel il ne reste que de demander réparation, s'il y a lieu. Ou bien, on peut concevoir une règle interdisant de procéder à l'exécution d'un projet auquel s'oppose le coriverain sans avoir préalablement obtenu le consentement de celui-là⁵⁴. Le droit international actuel ne contient pas une telle règle et il paraît qu'elle n'est pas recommandable *de lege ferenda*⁵⁵. Son effet serait d'empêcher toute initiative qui se trouverait opposée par le veto de la part de n'importe quel coriverain sous prétexte que l'aménagement projeté lui est préjudiciable. Ladite règle fournirait une opportunité facile pour l'Etat opposant de se faire consentir des concessions démesurées comme prix de son consentement.

Si la deuxième des solutions ci-dessus mentionnée n'existe pas en tant que règle du droit international positif, la première de ces solutions, celle qui permet l'exécution d'un projet d'aménagement malgré l'opposition des coriverains en fait partie. Toutefois, cela n'exclut nullement la responsabilité de la partie qui procède à l'aménagement pour tout dommage causé aux coriverains. Les règles contenues aux numéros 1, 2 et 3 du point VIII du Questionnaire ont reproduit ce que le rapporteur croyait devoir présenter comme contenu du droit international actuellement en vigueur. Il faut avouer que le droit international est imparfait en ce sens qu'il ne protège pas la partie lésée contre les suites d'un aménagement contraire aux dispositions de la règle du point 2. C'est d'ailleurs un défaut qui est caractéristique du droit international en général. En face des conséquences très graves qui peuvent résulter

⁵⁴ M. Briggs pose les deux alternatives suivantes : recours à l'arbitrage obligatoire ou exécution des travaux malgré l'opposition sous réserve des responsabilités du fait des préjudices causés.

⁵⁵ Cf. la sentence dans l'affaire du Lac Lanoux, sections 11 et 13.

de la mise en œuvre des possibilités de la technique moderne qui permettent de changer complètement le régime des eaux des régions entières, il faut rechercher les moyens appropriés pour concilier les intérêts en cause et pour préserver les riverains d'un système fluvial des conséquences désastreuses qui pourraient résulter des travaux projetés et exécutés par un des coriverains.

La même situation sans issue se présenterait, si on acceptait comme règle que l'Etat qui projette des travaux doit demander le consentement des riverains et que le projet ne peut être réalisé sans ce consentement. Un veto absolu, ne fût-ce que limité à certaines situations, conduirait à une impasse de la même manière que la liberté de construire sans consentement. Dans un cas, la majorité des travaux d'aménagement resterait irréalisee ; dans l'autre, nous venons de le dire, il pourrait y avoir des dommages graves sans réparation, si la partie responsable ne s'y prête pas de son gré.

Le droit international actuel ne connaît pas de remède parfait pour ces situations. Un remède efficace consisterait dans l'introduction d'un organe qui serait autorisé à trancher le conflit d'intérêts par un verdict, d'ordre jurisprudentiel ou technique, auquel les parties intéressées devraient obéir. C'est cette solution qui est envisagée par quelques projets qui préconisent une agence internationale chargée de conseiller les parties et, le cas échéant, de leur imposer une solution objectivement saine et pratique. Mais, ce serait innover d'une façon qui me paraît, de nos jours, irréalisable. Je ne crois pas que les Etats seraient disposés à mettre sur pied une telle organisation et à se soumettre à son autorité. Pour cette raison je me permets de plaider pour une solution plus réaliste et plus rapprochée de l'état actuel du droit international.

L'Avant-projet qui est présenté aux membres de la Commission s'efforce de rester dans le cadre du droit international

positif avec, si cela est nécessaire, des retouches aussi légères que possible. Dans ce but, il ajoute aux dispositions du droit matériel quelques dispositions concernant la procédure pour les cas d'un conflit d'intérêts. En laissant les explications détaillées pour le commentaire des différents articles du projet, on peut ici tracer la ligne générale qui a été suivie.

1° On accepte comme droit en vigueur que tout Etat est libre de procéder aux aménagements des eaux sur son territoire et qu'il n'est pas obligé de donner préavis ou de se consulter avec les coriverains, moins encore de demander leur consentement. Toutefois, il est responsable du dommage causé, par ses aménagements, aux intérêts légitimes des coriverains (tels qu'ils sont déterminés dans les dispositions du droit matériel contenues dans l'Avant-projet).

2° Ce risque de responsabilité amènera très souvent l'Etat projetant à donner préavis de ses intentions et à demander le consentement des coriverains. Mais il n'est pas obligé de le faire, l'Avant-projet se borne à le recommander.

3° Le droit international actuel, même le droit des Nations Unies, n'oblige pas les Etats à liquider tous leurs différends par un accord. Ce ne sont que les différends graves, dangereux ou pouvant devenir dangereux pour le maintien de la paix, qui doivent être réglés par l'emploi de moyens pacifiques si une entente par la voie de négociations directes ne donne pas de fruits. Cette obligation énoncée par la Charte est incorporée à l'Avant-projet.

4° Ayant en vue le caractère spécial des questions qui sont l'objet de négociations et de différends éventuels sur l'utilisation des eaux, le projet recommande d'avoir recours aux conseils d'experts et aux services d'agences spécialisées dans ces questions, mais sans contenir une obligation sur ce point.

5° L'Avant-projet considère que le droit international en vigueur contient une obligation stricte pour les parties d'*arriver* à un accord. Pour cette raison, il les oblige aussi à ne pas procéder à des travaux ou à d'autres changements pendant la durée des négociations ou des procédures de règlement pacifique. Mais cette obligation n'existe que pour les conflits d'une certaine gravité.

6° Il y a toujours le danger que les négociations se prolongent outre mesure ou que les procédures adoptées ne donnent aucun résultat dans un délai raisonnable. De cette façon, l'Etat qui se propose de faire des aménagements serait trop longtemps forcé de suspendre l'exécution de ses projets. D'autre part, dans le cas où il peut procéder aux travaux, l'autre partie pourrait souffrir de graves dommages difficilement réparables. Pour les deux cas on envisage la possibilité pour chaque partie de proposer le recours à une procédure arbitrale ou judiciaire pour trancher la question de savoir si les travaux proposés sont ou ne sont pas contraires aux règles du droit international énoncées dans l'Avant-projet. La sentence obtenue règle le différend d'une manière définitive. Son effet serait, si elle est en faveur de l'exécution des travaux, que la partie proposant les travaux peut immédiatement procéder à leur exécution devenant ainsi libre de l'obligation mentionnée au point précédent.

2. *Préambule et article premier*

Dans les sections précédentes, on a, entre autres, fait des propositions en ce qui concerne le titre de la Résolution (Résolution sur l'utilisation des eaux), une partie du préambule et le texte de l'article premier⁵⁶. Il faut compléter le

⁵⁶ Voir *supra*, deuxième partie, première section, et troisième partie, première section, 1°.

texte du préambule de deux côtés. Il faut, de l'avis du rapporteur, en premier lieu indiquer que les articles qui suivent ont pour base un principe général du droit international positif et que ce principe trouve son application aussi dans les cas d'utilisation des eaux. C'est le sujet des deux premiers paragraphes du préambule. Puis, à la fin du préambule, dans une formule transitoire, il faut indiquer que les dispositions de la Résolution reproduisent des règles du droit en vigueur et émettent des recommandations. Sans déterminer lesquels des articles appartiennent à l'une ou à l'autre des catégories, le libellé des articles indique assez clairement que le rédacteur du texte considère toutes les dispositions comme étant du droit positif, sauf les deux articles (6 et 8) où il est dit expressément qu'il s'agit de recommandations. Quant aux paragraphes 3, 4 et 5, le rapporteur croit qu'il n'est pas superflu de donner cette partie du préambule, malgré le fait que les articles 6 et 8 contiennent des recommandations plus précises dans le même sens. D'ailleurs, la formule du préambule est plus large et couvre tous les cas où il s'agit d'un aménagement nouveau, tandis que les articles 6 et 8 envisagent certaines situations déterminées et ont un objectif un peu différent.

L'ensemble du *préambule et de l'article premier de l'Avant-projet* serait conçu de la façon suivante :

Projet de Résolution sur l'utilisation des eaux

L'Institut de Droit international,

Constatant que la règle de ne pas porter un préjudice illégitime à autrui est un des principes fondamentaux régissant les rapports internationaux de voisinage en général,

Constatant que ce principe s'applique aussi aux rapports provenant des utilisations diverses des eaux,

Rappelant, d'autre part, qu'une utilisation basée sur des

plans communs et des concessions réciproques peut donner des résultats supérieurs à ceux qui sont obtenus par chacun des Etats intéressés procédant individuellement et se prévalant exclusivement de leurs droits reconnus par le droit international

et qu'une combinaison des efforts et des plans d'utilisation des eaux d'un bassin fluvial intéressant plusieurs Etats peut donner des avantages supérieurs et une utilisation plus complète pour tous les Etats intéressés,

que, partant, la voie d'entente et d'utilisation basée sur un accord commun est souvent préférable à celle qui ne se prévaut que du droit en vigueur,

Formule les constatations des règles du droit international en vigueur et les recommandations suivantes :

Article premier

Les règles ci-après s'appliquent à l'utilisation des eaux faisant partie d'un bassin fluvial qui s'étend sur le territoire de deux ou plusieurs Etats.

3. Droit d'utilisation et ses limitations

A la tête des dispositions concrètes que l'Exposé préliminaire a soumis aux membres de la Commission figure celle du point VIII-1 du Questionnaire. Elle a été, en principe, acceptée par tous les membres de la Commission. Malgré les réserves qu'elle formule, M^{me} Bastid l'accepte aussi, puisqu'elle propose dans ses observations (3^o) que la Résolution de l'Institut contienne un énoncé de principes tels que le droit de l'Etat d'exécuter les travaux sur la section du fleuve se trouvant sur son territoire. La formule proposée par M. Wright est très proche de celle du Questionnaire.

Dans ces conditions, le rapporteur propose l'article 2 de l'Avant-projet conçu comme suit :

Tout Etat a le droit d'utiliser, jusqu'au maximum possible et sur une base d'égalité des droits, les eaux qui traversent ou bordent son territoire, en respectant toutefois le droit correspondant des Etats intéressés au même cours d'eau ou bassin fluvial et sous réserve des limitations imposées par le droit international en général et des limitations contenues dans les articles qui suivent.

L'article 2 définit le droit d'utilisation. Sa dispositions correspond au principe généralement admis de la souveraineté territoriale, entendue non pas comme une liberté d'agir absolue, mais comme étant soumise aux limitations imposées par le droit international. L'exercice de la souveraineté territoriale est, quant à notre sujet, limité eu égard au fait que le territoire soumis à la souveraineté d'un Etat est contigu au territoire d'autres Etats et que cette contiguïté physique et l'unité naturelle du terrain et des éléments liquides ou gazeux a pour conséquence que certains faits et actes peuvent avoir des suites sur le territoire d'un autre Etat⁵⁷. Par suite de l'existence de plusieurs Etats intéressés au même cours d'eau ou aux eaux du même bassin fluvial il y a concurrence des droits d'utilisation de ces Etats. Cette concurrence entre droits « correspondants », chacun ayant pour mesure le « maximum » d'utilisation, ne peut être délimitée que sur une base d'égalité. L'existence parallèle de ces droits d'utilisation amène, en cas de concurrence à l'obligation de les respecter mutuellement.

⁵⁷ "... the action of one State reaches through the agency of natural laws into the territory of another State". Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Kansas v. Colorado* (206, U.S. 46, p. 97).

La disposition de l'article 2, en reconnaissant le droit à l'utilisation maxima et en soulignant l'égalité des droits « correspondants », couvre, entre autres, aussi le cas des utilisations exhaustives, c'est-à-dire celles qui ont pour effet que les quantités d'eau utilisées ne peuvent être rendues à leur lit naturel, ce qui a pour suite que ces quantités sont perdues pour l'utilisation de la part du riverain (ou des riverains) d'aval. Un tel effet ne serait pas permis si le droit reconnaissait aux Etats d'aval le droit de jouir de la totalité des eaux que le cours naturel amène sur leur territoire. Une telle conception ne serait pas juste. Elle aurait pour effet que les Etats d'amont seraient désavantagés par rapport aux Etats d'aval et qu'ils ne pourraient pas subvenir à un besoin justifié. En dernière conséquence, ce ne serait que le dernier riverain d'aval qui aurait seul le bénéfice des utilisations exhaustives, tandis que les autres riverains en seraient privés.

Les intérêts de la navigation sont aussi compris dans le terme « droit d'utilisation ». Il n'y a aucun obstacle à ce que la règle générale de l'article 2 soit appliquée pour protéger aussi les intérêts de la navigation⁵⁸.

Le projet emploie le terme « droit d'utiliser » qui, de l'avis du rapporteur comprend tout ce qui est, dans d'autres textes, désigné par « droit d'exploiter » (Déclaration de Montevideo), « liberté d'exécuter tous travaux d'aménagement » (Convention de Genève), « construction d'ouvrages » (Eagleton). Le même terme est, d'ailleurs, adopté dans la plupart des textes qui ont trait à la même question. Dans le projet de M. Wright il y a le terme « may divert or utilize », mais il me paraît que les dérivations ne sont qu'un des moyens techniques entrepris en vue d'utilisation (un autre exemple : emmagasinage). Il ne paraît pas nécessaire de le mentionner séparément.

⁵⁸ Voir *supra*, deuxième partie, première section.

La mesure de l'utilisation autorisée est donnée par les mots « jusqu'au maximum possible ». Cette manière de voir est confirmée tout récemment par la sentence arbitrale dans l'affaire du Lac Lanoux. Le Gouvernement espagnol a proposé un plan d'aménagement des eaux du lac qui paraissait préférable pour l'Espagne, mais d'après lequel la quantité d'énergie obtenue par la France aurait été inférieure à celle prévue par le projet français. La France a eu gain de cause, le tribunal arbitral ayant « choisi la théorie la plus moderne, celle de l'utilisation la meilleure des eaux ⁵⁹ ».

Quant à la formule « jusqu'au maximum possible ⁶⁰ », quelques textes parlent d'« utilisation raisonnable » ou de « fullest use ». Le mémoire Griffin dit « make maximum use », formule très proche de celle que le rapporteur croit la plus acceptable. Il paraît que cette formule pourrait servir d'indication utile autant en cas d'adjudication qu'en cas de planification concertée. Les parties doivent toujours avoir dans leur esprit le besoin d'adapter réciproquement leurs demandes en vue d'obtenir la meilleure utilisation pour chacun des intéressés et par rapport à la totalité des eaux disponibles.

Cette mesure maximum est réduite par le fait que chaque intéressé a le même droit auquel renvoie le mot « correspondant » et le conflit entre les droits concurrents se résout « sur la base d'égalité des droits » qui elle-même demande à être déterminée, ce qui est l'objet de l'article suivant de l'Avant-projet.

⁵⁹ A. G. dans la *Revue générale de Droit international public*, 1958, p. 121.

⁶⁰ Le terme « maximum d'avantages » se trouve dans les propositions de W. Kaufmann, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1911, p. 193. — Le rapporteur n'a pas pu se rallier à l'opinion de M. Briggs qui propose la suppression de ces mots.

Les mots « eaux qui traversent ou bordent son territoire » couvrent les cours d'eau contigus et successifs.

En ce qui concerne le renvoi aux « limitations imposées par le droit international en général », il y a objection de la part de M. Castrén qui en admet la nécessité, mais désire au moins éclairer ce passage au moyen de quelques exemples. A ce sujet, le rapporteur rappelle la discussion qui a eu lieu au sujet de l'article 2 de la Convention sur la haute mer de 1958. Malgré les objections qui ont été faites à cette occasion, la Conférence de Genève n'a pas pu éviter la formule renvoyant aux « autres règles du droit international ». D'ailleurs, plusieurs textes et projets contiennent le même renvoi : la Convention de Genève de 1923 (article premier), les Résolutions ILA de Dubrovnik (Article IV) et de New York (principe 4), les projets du professeur Smith (article 7 : *within the limits determined by . . . the recognized principles of law*) et de la branche américaine ILA (article IV). Il y a dans les divers projets également d'autres renvois spéciaux à des règles du droit international, par exemple le devoir de l'Etat d'empêcher, sur son territoire, de porter dommage au droit d'utilisation des autres Etats intéressés et sa responsabilité pour de tels actes (Résolution de Madrid, art. I ; Résolution de Dubrovnik, art. IV ; projet Smith, art 10 ; Résolution de New York, principe 4), la clause permissive en cas d'assentiment, d'un titre juridique spécial ou d'un long usage (Résolution de Madrid ; Résolution de l'*Inter-American Bar Association*, art. I-3 ; projet Smith, art. 6 ; Résolution de New York, principe 2), limitation de la responsabilité aux actes qu'on peut prévenir (Résolution de Dubrovnik, art. IV et VII). La formule de l'Avant-projet couvre tous ces cas et rend superflue leur mention explicite. Elle renvoie aussi à d'autres règles du droit international qui peuvent entrer en jeu, par exemple la prescription, l'*estoppel*,

la clause *rebus sic stantibus*, le respect des droits acquis, etc.⁶¹. La présente explication sert aussi de réponse à l'objection de M. Feinberg.

4. *Egalité et proportionnalité*

Le principe de l'égalité des droits, proclamé à l'article 2 de l'Avant-projet, conduit au problème du partage, entre plusieurs intéressés, des avantages s'il s'agit d'utilisations exhaustives. Cette question a été discutée dans la section VIII-4 de l'Exposé préliminaire et dans les observations des membres de la Commission au point VIII-3 du Questionnaire. Quelques membres de la Commission approuvent la formule qui y est proposée. M. Bolla paraît l'accepter, mais en tant que règle *de jure condendo*, et il emploie les termes mêmes de la proposition du rapporteur (proportion des besoins). De même M. Colombos considère qu'il faut donner aux Etats riverains la possibilité de jouir des bénéfices proportionnels de l'utilisation des eaux sur une base d'égalité ou, à parler comme la Cour suprême des Etats-Unis, de *l'equitable apportionment* des eaux dans le meilleur intérêt de tous les usagers, tout en respectant les droits acquis, M. Castrén est aussi d'accord tout en désirant préciser la règle, les critères « sur une base d'égalité des droits » et « en proportion de leurs besoins » lui paraissant trop généraux. Au contraire, M. Bolla est de l'avis qu'on ne peut pas entrer dans plus de détails, les circonstances concrètes étant trop variables. Le manque de précision est également constaté par M. Muûlset par M. Briggs qui préfère les formules de la Résolution de Dubrovnik qui, cependant, ne se retrouvent plus dans la Résolution de New

⁶¹ Autres exemples : « reasonable diligence » de l'article III du projet *Eagleton*, l'imprévision mentionnée au mémoire espagnol dans l'affaire du Lac Lanoux, section 17.

York. M. Wright accepte l'idée de la proportion équitable et propose, au point 3 de son projet, une formule pour déterminer cette proportion. Si nous avons bien compris, il s'agirait d'une méthode arithmétique comme elles existent dans certains traités, mais le rapporteur a déjà observé que ces méthodes ne sont pas consacrées par le droit international⁶². Notons enfin que le baron v. d. Heydte accepte le principe de la proportionnalité en cas de conflit entre utilisations extraordinaires.

Il est assez naturel de prendre la proportion des besoins comme base pour la répartition des bénéfices provenant de l'utilisation des eaux. Cette base est souvent adoptée, en formules variées, dans la pratique des Etats, dans la jurisprudence et dans la doctrine. Déjà la convention franco-espagnole de 1866 parle des « besoins réels ». La Grande-Bretagne a reconnu à l'Egypte un droit de priorité pour les quantités d'eau nécessaire à l'irrigation des terrains actuellement cultivés et une proportion équitable des quantités supplémentaires que les travaux futurs pourraient fournir. Dans les négociations qui se déroulent actuellement entre le Soudan et l'Egypte, les deux parties font des propositions ayant pour base le calcul des besoins respectifs. Le fait que, des deux côtés, il n'y ait pas accord sur les résultats de ces évaluations des besoins, ne nous autorise pas à conclure qu'un juge international ne pourrait pas déterminer la juste proportion sur la base des données du cas d'espèce⁶³. En dehors des cas

⁶² Exposé préliminaire, section VIII-4 a.

⁶³ V. les observations très judicieuses de M. *Feinberg*. — Le juge international se trouve souvent dans la situation d'appliquer des règles de portée générale qui laissent à son appréciation individuelle le soin de trouver la juste mesure. C'est notamment souvent le cas des adjudications d'indemnité pour dommage moral ou pour perte d'un objet de valeur inconnue, ou bien perte d'un objet dont la valeur peut être calculée de manières différentes.

de la jurisprudence nord-américaine adoptant le principe de *l'équitable apportionment*, ils faut rappeler l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Pêcheries norvégiennes qui a pris en considération les besoins économiques de la population de la Norvège. Brierly constate que la pratique des Etats admet le droit des Etats de mettre leurs intérêts en balance envers ceux des autres Etats⁶⁴. La Commission Rau se déclare en faveur de *l'équitable apportionment* où chaque intéressé reçoit son *fair share*. Dans l'article V de la Résolution de Dubrovnik quatre des facteurs y énumérés sont des indices des besoins. L'article 4 du projet Smith décerne à chaque intéressé un *reasonable and equitable share*.

On propose donc pour l'article 3 de l'Avant-projet le texte suivant :

En vertu du principe de l'égalité des droits, tous les Etats intéressés ont un droit égal à utiliser les eaux d'un bassin fluvial en proportion de leurs besoins.

Le rapporteur estime que le terme « en proportion de leurs besoins » fournit une base satisfaisante pour la répartition des avantages provenant de l'utilisation des eaux. Il contient deux facteurs déterminables (besoin et proportion) qui servent de mesure pour les calculs nécessaires en vue de la solution d'un cas d'espèce. Les besoins en cause peuvent être constatés et comparés, et c'est par ce procès qu'on trouve la « proportion » indiquant une solution juste et appropriée. Le rapporteur partage l'avis de M. Bolla qu'il est impossible d'entrer dans les détails.

5. Interdiction de causer des dommages

Un principe très général du droit international interdit aux Etats de causer et les oblige de prévenir qu'on cause,

⁶⁴ Brierly, *The Law of Nations*, 5^e édition, 1955, pp. 204-205.

par des faits survenus sur leur territoire, un dommage sérieux aux intérêts reconnus d'un autre Etat. Ce principe, appliqué à d'autres rapports, apparaît dans la sentence de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Canal de Corfou⁶⁵. Il a trouvé son application dans les différents cas où il s'agissait des rapports de voisinage (affaire de la Fonderie de Trail), et surtout dans des cas où des intérêts d'utilisation des eaux ont été en jeu (fuites des eaux du Danube, etc.). Tout récemment, le Gouvernement français a pleinement reconnu cette obligation dans les négociations sur l'aménagement du Lac Lanoux, et la sentence arbitrale rendue en cette affaire en a tenu compte. La conviction juridique de l'existence de ce principe, notamment quand il s'agit des problèmes d'utilisation des eaux, se fait jour à l'occasion des négociations bilatérales et plurilatérales, et l'obligation de s'abstenir de causer des dommages à la partie cocontractante se trouve insérée dans un grand nombre d'accords internationaux, un certain nombre d'entre eux apportant des modalités et des exceptions diverses, tout en maintenant le principe⁶⁶.

Le rapporteur a formulé ce principe au point VIII-2 du Questionnaire, et les membres de la Commission l'ont accepté dans les lignes générales tout en donnant leurs observations et suggestions. M^{me} Bastid est en faveur d'un énoncé du principe comportant obligation de s'abstenir d'usages causant un dommage appréciable au territoire ou aux usagers d'un autre Etat, ce qui n'est qu'une variante de la formule proposée

⁶⁵ Arrêt du 9 avril 1949, *Recueil*, 1949, p. 22, où la Cour constate que les obligations de l'Albanie étaient fondées « sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que... l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats ».

⁶⁶ V. aussi *Annuaire suisse de droit international*, 1957, pp. 158 et ss.

par le rapporteur. Celle-ci est acceptée par M. Feinberg et par M. Castrén qui, pourtant, trouve la rédaction trop catégorique. Pour cette raison, M. Castrén préfère la formule de Dubrovnik, formule qui a été, entre temps, abandonnée par l'*International Law Association* (voir Résolution de New York, principe 2 et recommandation 1). M. Briggs également veut remplacer la formule du rapporteur par celle qui a été adoptée à Dubrovnik, mais il renvoie à un autre article de la Résolution de Dubrovnik (V a, b, et c). M. Wright propose ses propres formules entrant dans certains détails (point 2 et en partie point 3 de son projet).

M. Kraus reconnaît l'existence, en droit international, des restrictions découlant du principe du respect de l'intégrité territoriale. Il en déduit la prohibition, en ce qui concerne la qualité et le volume des eaux, de toute altération ayant un effet nuisible. M. Muûls propose de modifier la formule du rapporteur quant aux mots « dommage considérable pour le territoire » et d'y substituer simplement « dommage considérable ». M. Muûls précise que la formule qu'il propose couvre aussi des dommages comme la « ruine du commerce maritime » qui ne serait pas compris dans la formule « dommage au territoire ». En observant que l'Avant-projet ne contient pas les mots en question, le rapporteur estime que la formule proposée par M. Muûls demande une clarification : elle ne peut être comprise de façon à interdire à un Etat des améliorations de son système fluvial qui lui apporte des avantages, même au détriment d'un autre Etat, sans altérer les parties du même système fluvial qui se trouvent sur le territoire de cet autre Etat. Pour prendre un exemple cité dans mon étude sur les relations de voisinage⁶⁷, un Etat peut perfectionner ses voies navigables et attirer par là une plus

⁶⁷ *Recueil des cours*, 79, 1951, p. 79.

grande proportion du commerce international vers ses ports sans qu'il ait entrepris des aménagements ayant des répercussions physiques sur les voies navigables de l'Etat voisin. On ne pourrait pas prétendre que le premier Etat soit internationalement responsable de ce préjudice qui, pourtant, est directement causé par les ouvrages exécutés sur son propre territoire.

Le baron v. d. Heydte demande de viser aussi des changements qu'il qualifie d'« indirects ». L'exemple qu'il donne est, de l'avis du rapporteur, un changement direct, un changement de qualité qui a des suites préjudiciables pour l'autre Etat tout autant qu'un changement quantitatif. Il pose aussi une autre question, « celle de l'obligation des Etats riverains de tolérer et d'accepter une utilisation des eaux internationales par d'autres Etats riverains qui nuisent à leurs propres intérêts ».

Le rapporteur propose comme *article 4 de l'Avant-projet* le texte suivant :

Est interdite toute altération qui, à la suite d'une utilisation entreprise, cause un dommage sérieux au droit d'utilisation d'un autre Etat intéressé par les eaux du même bassin fluvial.

Les divers projets qui s'occupent de la même question contiennent, en ce qui concerne l'idée du présent article, une riche variété de dispositions présentant des différences importantes. Toutefois, d'une façon générale, tous les textes contiennent le même principe, c'est-à-dire l'interdiction de porter dommage aux autres riverains intéressés. Dans notre projet, cette interdiction embrasse toute altération sans entrer dans une énumération qui pourrait présenter des désavantages, soit par omission, soit par imprécision. Une telle formule générale se trouve dans la Déclaration de Montevideo et dans quelques

projets de l'*International Law Association* (à commencer par le projet de la branche américaine). Notamment, la formule générale de l'Avant-projet couvre aussi les cas de pollution, ce qui est demandé par plusieurs membres de la neuvième Commission. Il paraît superflu de consacrer à la pollution un article séparé comme il a été fait dans plusieurs projets (Résolution de Dubrovnik, Branche américaine ILA). La Résolution de New York a classé les dispositions concernant la pollution parmi les recommandations. Le rapporteur de la Commission est de l'avis qu'un dommage sérieux causé par pollution est interdit en droit international actuel de la même manière que tout autre préjudice.

Le projet ne couvre que les altérations qui se produisent à la suite d'une utilisation, ce qui présuppose une cause active. De pures omissions, même préjudiciables, ne sont pas couvertes par cette disposition. Le rapporteur a été de l'avis que le présent projet vise les utilisations, et partant ne peut avoir trait aux omissions qui ont lieu sans que l'Etat en cause ou ses habitants aient fait quelque usage des eaux. Il paraît que la sentence dans l'affaire des fuites du Danube est en faveur d'une telle conception. Toutefois, le rapporteur signale ce point à l'attention des membres de la Commission et se déclare prêt à adopter une autre formule selon le désir de la majorité des membres.

Par le terme « dommage... au droit d'utilisation », l'Avant-projet protège les droits déterminés à l'article 2. Cette formule très générale couvre toute utilisation des eaux, et notamment aussi l'utilisation aux fins de la navigation. Ainsi qu'il a été dit au commentaire à l'article 2, on ne peut pas exclure les intérêts de la navigation des considérations de la neuvième Commission. Plusieurs membres de la Commission se sont prononcés dans ce sens (MM. Colombos, v. d. Heydte,

Muîls, Wright). La navigation est une des formes de l'utilisation à titre égal avec les autres formes existantes, et les atteintes aux intérêts de la navigation (et du flottage là où il existe) doivent être protégés de la même manière que les autres formes d'utilisation. Bien entendu, le droit conventionnel contient souvent des dispositions spéciales en faveur de la navigation sur certains fleuves ⁶⁸.

Le projet de M. Wright énumère certaines sortes de dommages ainsi que les objets de ces dommages. Le rapporteur craint qu'une telle énumération ait des lacunes, et pour cette raison il propose une formule générale.

Le rapporteur a limité l'interdiction aux effets sérieux, en suivant par là l'avis de quelques auteurs, la jurisprudence, de nombreux textes des accords internationaux ⁶⁹ et les formules adoptées par la Résolution de Madrid et la Convention de Genève de 1923. Il est de l'avis que cela correspond au droit international actuel. Toutefois, quelques projets récents donnent une autre formule qui ne contient pas ladite limitation et interdisent tous changements violant « les droits légaux » des autres Etats intéressés. A première vue, ceci paraîtrait plus conséquent : d'un côté reconnaître un droit, et de l'autre côté interdire toute action allant à l'encontre de ce droit. Le point de vue du rapporteur est partagé par les autres membres de la Commission dont quelques-uns se sont prononcés d'une façon directe pour la formule adoptée, et notamment M. Wright dans son propre projet (« *considerable damage* »). Quant au choix entre qualificatifs

⁶⁸ En dehors du droit conventionnel, la navigation ne jouit pas nécessairement d'un droit de priorité. G. Gidel, *Le régime des fleuves internationaux*. Cours à l'Institut des hautes études internationales, Paris, 1948, p. 54.

⁶⁹ *Recueil des cours*, 79, 1951, pp. 111 et ss.

d'intensité différente, le rapporteur s'est décidé pour un qualificatif moins fort que par exemple « grave », « important », « considérable », et il plaide pour l'adoption du terme « sérieux » qui est à peu près au même degré d'intensité que celui proposé par M^{me} Bastid (« appréciable ») qui, par là, se rallie aussi au point de vue du rapporteur, en ce qui concerne ce point. Quant à la question de savoir ce qu'il faut entendre par « dommage sérieux », cela dépend des circonstances du cas d'espèce et ne peut être résolu qu'après appréciation de tous les facteurs de ce cas.

Quant aux détails par lesquels les divers projets diffèrent du présent projet, il faut en premier lieu mentionner la formule « sans l'assentiment de l'autre (Etat), et en l'absence d'un titre juridique spécial et valable », formule par laquelle la Résolution de Madrid introduit des exceptions à la règle contenue dans son article premier. Des formules similaires sont adoptées par la Déclaration de Montevideo (art. 2) et par le projet de la branche américaine ILA (I-3) qui ajoute encore le cas d'adjudication. D'autres projets que nous avons sous les yeux à titre de comparaison ne contiennent pas de formules semblables, ce qui paraît justifié. Les règles du présent projet, comme d'ailleurs la part prépondérante des règles du droit international, sont du droit dispositif et ne s'appliquent que dans le cas où les parties ne sont pas tombées d'accord sur une autre solution. De même, une solution différente peut exister en vertu d'un long usage, ce qui peut être également le résultat d'un acquiescement tacite. Il est superflu de mentionner les références à des règles générales du droit international dont l'application est hors de doute même si elle n'est pas expressément indiquée. Pour cette raison, le rapporteur n'a pas pris en considération l'insertion d'une formule quelconque dans le sens de celles ci-dessus indiquées.

6. *Compensations et droits acquis*

L'interdiction de l'article 4, appliquée en toute sa rigueur, aurait pour effet d'empêcher de nouveaux plans d'aménagement touchant aux intérêts de moindre importance des autres intéressés. Le rapporteur a fait allusion à cette hypothèse dans la section VIII-7 de l'Exposé préliminaire et a posé une question y relative au point VIII-4 du Questionnaire. Les observations des membres de la Commission diffèrent. M^{me} Bastid ne s'oppose pas au principe qui inspire le point VIII-4, puisqu'elle propose que l'Institut énonce certains moyens qui permettent dans la pratique d'ajuster les intérêts des Etats en présence. Il s'agirait de montrer par quelles combinaisons peuvent être compensées les conséquences des travaux opérés en territoire étranger. L'idée des compensations, soutenue aussi par MM. Bolla, Briggs, Feinberg et Wright, a été incluse dans celle du point VIII-4, mais elle doit être exprimée explicitement, et l'article 5 que nous allons proposer tient compte des suggestions précitées.

M. Briggs est de l'avis qu'il faut donner des formules plus précises quant à la solution des droits en conflit et recommander des procédures pour le règlement de tels conflits. Quant au dernier point, le rapporteur a tenu compte des observations de M. Briggs et des observations analogues des autres confrères. M. Castrén se déclare d'accord, sauf sa remarque concernant les termes « égalité des droits » et « proportions des besoins » qui lui paraissent un peu trop généraux. Le vague de la formule « bénéfiques proportionnels » est constaté par M. Muûls et par M. Feinberg qui se demande si la règle du point VIII-4 vise uniquement les droits préexistants. Assurément, tel n'est pas le cas. La formule du point VIII-4 du Questionnaire et de l'article 5 ci-dessous a une portée générale, et l'hypothèse mentionnée à la sec-

tion VIII-7 de l'Exposé préliminaire n'est qu'un cas d'application cité à titre d'exemple.

M. Wright a élaboré « dans l'esprit du point 4 » deux articles tendant à constituer un équilibre entre les Etats désirant un aménagement nouveau et ceux qui profitent du statu quo. Les procédures prévues par l'Avant-projet correspondent en partie à celles proposées par M. Wright.

Estimant que l'idée du point VIII-4 est adoptée par la majorité des membres de la Commission, le rapporteur propose un texte sensiblement remanié qui devrait constituer l'article 5 de l'Avant-projet :

Toutefois, l'Etat qui se propose d'entreprendre des travaux en vue d'un meilleur aménagement a le droit de le faire en assurant à la partie opposante la possibilité de jouir des bénéfices proportionnels auxquels elle a droit et une compensation adéquate pour les pertes et dommages subis.

Cette disposition a en vue d'assurer le progrès et le meilleur aménagement des eaux malgré une opposition éventuelle et constitue une exception à la règle de l'article précédent. Si l'aménagement projeté promet une utilisation meilleure et plus avantageuse des eaux, il serait contraire au bon sens d'empêcher la réalisation du projet pour la raison qu'elle porte préjudice aux usages existants. Dans l'affaire du Lac Lanoux, la France a pris en considération les intérêts de l'Espagne, d'abord dans une mesure limitée, et plus tard d'une façon plus complète, mais elle a rencontré l'opposition dans tous les stades des négociations. La sentence arbitrale a reconnu son droit de réaliser le projet qui est le plus avantageux pour elle sous condition d'avoir pris en considération les intérêts de l'autre partie. Dans le cas d'espèce, ceci a pris la forme d'une assurance de la livraison des eaux comme par le passé. Mais il se peut que le projet d'un nouvel aménage-

ment ne permette pas de faire continuer la jouissance des avantages antérieurs ou les diminue. Dans ce cas, il y a lieu de donner une compensation adéquate.

Espérant que le texte actuel de l'article 5 rencontrera l'assentiment des membres de la Commission qui ont fait des observations à la formule du point VIII-4 du Questionnaire, le rapporteur désire répondre aux membres qui ont pensé que le terme « bénéfiques proportionnels » manquait de précision. Le rapporteur l'a maintenu n'ayant reçu aucune suggestion de le remplacer par un autre terme mieux approprié. Il est d'ailleurs de l'avis que ce terme indique quelque chose qui peut être déterminé par un calcul basé sur des données diverses, décisives pour le cas d'espèce. Partant, il ne lui paraît pas être vague. De plus, la formule de l'article 5 doit être lue et interprétée en liaison avec les dispositions précédentes, notamment celles des articles 2 et 3.

Il nous faut encore examiner à cet endroit la question des droits acquis qui a été traitée dans la partie VIII-6 de l'Exposé préliminaire et dans les observations des membres de la Commission au point X du Questionnaire.

La règle du respect des droits acquis est acceptée par tous les membres de la Commission. M. Kraus la considère comme découlant du principe *neminem laedere*. MM. Bolla, Briggs, Castrén, Feinberg, Muûls et Wright sont en faveur de la règle, mais ils ne l'admettent pas d'une manière absolue. D'après M. Wright, c'est une règle du droit en vigueur, mais elle ne saurait constituer un obstacle absolu à une distribution équitable. De même, M. Briggs préconise que le respect des droits acquis soit mis en ligne de compte comme un facteur important parmi les autres facteurs, qu'il s'agisse soit de rendre un jugement dans le cas d'un conflit de droits ou de procéder à un règlement équitable. M. Bolla se rapproche de cette vue : « La priorité d'utilisation ne confère pas un

droit devant être considéré comme sacro-saint, elle n'est qu'un des facteurs dont il y a lieu de tenir compte dans la pesée des intérêts ». Pour M. Muûls les droits acquis ne pourraient prévaloir s'ils ne sont pas utilisés. Il y a lieu de dédommager l'intéressé qui a subi un dommage grave, ce qui tombe sous le coup de la règle VIII-2 du Questionnaire. Tout en regrettant de ne pouvoir présenter aucune proposition concrète, M. Castren recommande de choisir une formule assez générale, puisque l'application dépend des circonstances spéciales. M. Colombos veut respecter les droits acquis, autant ceux qui proviennent de la coutume que ceux qui sont fondés par un accord international.

Les plus éloignés de l'opinion générale sont M^{me} Bastid, M. Feinberg et le baron v. d. Heydte. M^{me} Bastid admet la règle des droits acquis dans deux cas : droits acquis résultant d'un accord international ou concession régulièrement concédée, simple priorité d'utilisation. Le premier cas n'entre pas sous ce point, puisque les rapports conventionnels s'imposent toujours obligatoirement. En ce qui concerne le second cas, M^{me} Bastid admet la règle de la priorité des droits acquis, mais à titre exceptionnel. La priorité d'utilisation ne devrait pas faire obstacle à la mise en mouvement de la procédure que M^{me} Bastid propose dans ses observations. L'aménagement rationnel d'un bassin fluvial au moyen des techniques modernes peut comporter des modifications aux utilisations antérieures, mais alors se pose la question des compensations adéquates. Ainsi, M^{me} Bastid reconnaît les droits acquis par utilisation antérieure, mais ceux-ci ne peuvent pas empêcher l'exécution de plans d'aménagement plus rationnels, tandis que, d'autre part, les titulaires de ces droits doivent être dédommés ou recevoir des compensations par d'autres avantages.

Tout en acceptant la règle du respect des droits acquis,

le baron v. d. Heydte veut la relier au principe de la proportionnalité qu'il désire voir appliquer en cas de conflit entre deux modes d'utilisation extraordinaire. Les droits acquis prévalent s'ils sont proportionnellement comparables à ceux que l'autre Etat exige pour soi (en projetant un aménagement nouveau). Mais si cette proportionnalité n'existe pas, les intérêts supérieurs et les droits plus vitaux, même postérieurs, doivent avoir le pas sur les droits acquis.

M. Feinberg est aussi contre la règle du respect des droits acquis en tant que principe absolu. « La considération de ce principe pourrait faire obstacle dans nombre de cas à des développements utiles, avantageux et désirables, et ce serait contraire au principe de l'équitable partage qui doit être considéré comme le principe prépondérant en la matière. » Toutefois, M. Feinberg reconnaît qu'il faut dédommager les intéressés lésés dans leurs droits « de préférence par des compensations en eau ou en énergie ».

Ainsi qu'il a été dit à l'Exposé préliminaire (partie VIII, point 6), et dans les observations de M^{me} Bastid, il faut distinguer deux catégories de droits acquis :

1° Droits acquis en vertu d'un accord entre les Etats riverains. Ces droits doivent être respectés par les parties contractantes, et un plan d'aménagement violant ces droits ne peut pas être exécuté sans le consentement du bénéficiaire⁷⁰. Cette hypothèse est couverte par les règles du droit international commun et il suffit de renvoyer à ces règles, ce qui est fait à l'article 2. La partie qui projette un aménagement doit dans un tel cas offrir à la partie intéressée une compensation et celle-là est libre de l'accepter ou de la refuser. Mais, même dans ce cas, la partie projetante pourra se libérer de son obligation si elle peut se prévaloir de quelque règle

⁷⁰ Conclusion 2 de la Commission Rau.

du droit international commun qui admet de résilier l'engagement, telle par exemple la clause *rebus sic stantibus*. En effet, on peut bien imaginer un cas où les possibilités d'utilisation nouvelles, grâce au progrès de la technique, permettent d'invoquer l'argument que l'accord préexistant n'a pas pu les prévoir. De même, on peut invoquer la clause, si la découverte de nouvelles et riches ressources en eau donne au bénéficiaire de l'accord la possibilité de satisfaire ses besoins au moyen de ces ressources ⁷¹.

2° L'autre catégorie de droits acquis est celle où il y a simple usage existant par appropriation. Les membres de la Commission sont en général de l'avis qu'il faut les respecter, mais non d'une manière absolue. En analysant de plus près cette catégorie de droits acquis, il y a lieu de reconnaître que ce sont justement les cas où il s'agit d'un dommage causé par un des riverains aux intérêts d'un autre. Les usages existants et les appropriations effectuées ne sont que la réalisation du droit à l'utilisation maxima que chaque Etat riverain possède en ce qui concerne les eaux qui traversent ou bordent son territoire. Par conséquent, tous ces droits acquis sont couverts par la disposition de l'article 2 de notre projet et tout dommage sérieux à cette sorte de droits est interdit par l'article 4 du projet. Mais l'article 5 permet à l'Etat projetant de réaliser son projet en assurant à la partie intéressée la jouissance de bénéfices proportionnels et une compensation adéquate. Cette disposition suffit à protéger les usages préexistants ou à les dédommager si le projet

⁷¹ Au contraire, « Le fait que l'exécution de l'obligation conventionnelle est devenue difficile ou onéreuse pour la partie intéressée ou que, de l'avis de cette partie, l'obligation est devenue inéquitable ou préjudiciable à ses intérêts » ne peut, sans autre, justifier la non-exécution de l'obligation conventionnelle. *Fitzmaurice*, Quatrième rapport sur le droit des traités. Document A/CN.4/120, article 4, par. 4.

nouveau ne permet pas la continuation de la jouissance antérieure.

Il faut donc conclure que l'ensemble des règles de l'Avant-projet a tenu compte des droits acquis sans les mentionner et qu'une disposition spéciale à ce sujet est superflue.

7. Ordre de priorité

Quant à l'ordre de priorité entre les différents modes d'utilisation, la plupart des membres de la Commission croient qu'il est impossible de l'établir (M^{me} Bastid, MM. Bolla, Briggs, Castrén, Feinberg, Muûls). M. Wright dit que la navigation jouit, en droit positif, d'un droit de priorité, mais que cela ne doit pas être considéré comme une règle absolue. Par ailleurs il propose qu'on pèse aussi les intérêts de la navigation d'après le principe du partage équitable. Ainsi, l'utilisation peu importante de la partie aval d'un fleuve pour la navigation ne pourrait pas empêcher qu'on procède à une utilisation plus importante aux fins d'irrigation ou de la production de l'énergie dans la partie d'amont, mais une telle disposition devrait être acceptée par les riverains d'aval.

Seul, le baron von der Heydte est de l'avis qu'on peut clairement établir un ordre de priorité entre les différents modes d'utilisation, la navigation précédant toute autre utilisation, l'utilisation ordinaire précédant l'utilisation extraordinaire, les droits acquis précédant les droits réclamés ultérieurement, et les droits plus vitaux précédant les droits de moindre importance. Sur ce dernier point, on pourrait répondre qu'il ne s'agit pas de la question de priorité entre différents modes d'utilisation, mais d'une pesée des besoins. M. Kraus fait l'objection que la question de priorité n'a pas été suffisamment étudiée et préparée et qu'il faut la laisser hors de discussion. M^{me} Bastid propose que l'Institut relève

la diversité des usages et le lien à établir, pour fixer dans un cas donné l'ordre de priorité, avec l'ensemble de l'économie de la région considérée.

Compte tenu des observations précédentes, le rapporteur n'a pas poursuivi l'étude de la question des priorités, et l'Avant-projet adopte une autre méthode de répartition des avantages et bénéfices de l'utilisation des eaux (articles 2 et 3)⁷².

8. *Préavis et assentiment*

Le point IX du Questionnaire a posé la question de savoir si l'Etat qui se propose de procéder à un aménagement en vue de l'utilisation des eaux doit demander l'assentiment des autres Etats intéressés. Il s'agit aussi de savoir si cet Etat doit donner préavis des travaux à entreprendre. Sur ces deux points le droit international ne contient aucune règle. Au contraire, le droit conventionnel introduit parfois l'obligation pour les Etats contractants de se communiquer réciproquement leurs plans d'aménagement ou l'obligation d'entrer en consultations avec les autres Etats intéressés, ou, enfin, l'obligation de ne pas entreprendre des travaux sans l'assentiment de l'autre partie.

Plusieurs membres de la Commission sont en faveur d'une règle demandant des consultations ou obligeant de demander l'assentiment. M^{me} Bastid demande de déterminer la procédure à suivre dans l'aménagement des eaux, et notamment d'obliger l'Etat respectif à avertir les autres Etats intéressés de son

⁷² La variété des conditions de cas en cas rendant impossible de donner une règle fixe pour l'ordre de priorités est relevée par la Commission Rau ("the ranking of different uses in a particular order of precedence depends on the circumstances of the river concerned") et la Résolution de New York (recommandation 5).

projet d'aménagement. En outre, il y aurait obligation d'examiner en commun le projet et ses répercussions, et les autres Etats intéressés auraient le droit de demander qu'une instance technique internationale participe à cet examen. M. Bolla se prononce en faveur d'un préavis à donner. M. Briggs souligne que ses propositions sont *de lege ferenda*. Il ne veut pas donner à l'Etat opposant un veto absolu. Par conséquent, il ne faut pas obliger les Etats d'une façon absolue. Pour le cas de préjudices considérables, il serait désirable que l'Etat respectif entre en consultations et ait recours à une commission technique. Après échec de cette procédure, il y aurait alternative, soit de recourir à l'arbitrage avant le commencement des travaux, soit de procéder aux travaux quitte à être responsable des dommages causés en violation des droits des autres Etats. M. Castrén est en faveur de la demande d'assentiment, mais il souligne que c'est une règle *de lege ferenda*. M. Feinberg serait en faveur, mais il craint qu'une telle règle donne à chaque Etat le droit d'opposer son veto. Pour cette raison, il veut introduire une procédure contenant l'obligation de recourir à des consultations et négociations, puis à une commission technique, et enfin à l'arbitrage. M. Muûls est nettement en faveur de l'obligation de demander le consentement. « Une fois l'aménagement réalisé, la lésion éventuelle des droits de l'Etat voisin subsistera en fait, les indemnités pécuniaires n'étant le plus souvent pas susceptibles de réparer le préjudice. » Le projet de M. Wright oblige aux négociations.

Certains projets récents prévoient, en les combinant de façon différente, l'obligation de donner préavis, d'entrer en négociations et de rechercher un accord, soit directement entre les parties, soit en ayant recours à un moyen de règlement pacifique. Mais ce ne sont que des propositions *de lege ferenda*. Ainsi qu'il est de nouveau souligné dans la sentence arbitrale sur le Lac Lanoux (section 16), le droit

international actuel n'oblige pas les Etats à demander l'assentiment des autres Etats intéressés : l'Etat qui entreprend les travaux est seul compétent pour déterminer sa conduite tout en prenant, bien entendu, « le risque de voir sa responsabilité mise en cause ». Pour décliner cette responsabilité, il est toujours libre de donner avis aux intéressés et de procéder aux travaux s'il n'y a pas d'opposition, enfin de chercher, en cas d'opposition, à arriver à un accord par la voie des négociations ou par tout autre moyen choisi par les parties en cause. Toutefois, ces moyens sont à sa disposition, il n'y est pas obligé.

En tenant compte de l'état actuel du droit international et des observations des membres de la Commission, le rapporteur propose d'introduire dans le projet une simple recommandation, et non pas une obligation stricte, de donner préavis et de rechercher l'accord avec les autres intéressés. Il n'est que naturel de limiter cette recommandation au cas où il y a possibilité de causer un dommage par l'aménagement projeté. Telle est déjà la solution proposée par W. Kaufmann en 1910 (*Annuaire*, 1911, p. 194, art. III). Pour notre *Avant-projet*, le rapporteur propose la disposition suivante (article 6) :

Dans le cas où un dommage sérieux pourrait être causé par des travaux d'aménagement, il est recommandé que l'Etat qui se propose d'entreprendre ces travaux en donne avis préalable aux Etats intéressés et cherche, en cas d'opposition, à arriver à un accord dans un délai raisonnable.

Par cette disposition, l'Avant-projet reste dans le cadre de la *lex lata*. Il ne contient qu'une recommandation. Mais il faut noter que les cas d'une certaine gravité sont couverts par les dispositions de l'article 7 et des articles 9 et 10 de l'Avant-projet, ce qui satisfera peut-être les membres de la Commission qui ont désiré étendre notre proposition au domaine de la *lex ferenda*. Toutefois, si la Commission se déclarait en faveur

de cette solution, le rapporteur se déclare d'accord de transformer la recommandation de l'article 6 en obligation.

La recommandation de l'article 6 dépasse légèrement le cercle des cas visés à l'article 4 de l'Avant-projet. Elle a trait à toute situation où on peut se demander si les intérêts d'un coriverain pourraient être sérieusement lésés. En tout cas, la partie qui désire entreprendre les travaux est seul juge de l'attitude à prendre.

Selon la réponse au préavis, l'Etat qui l'a donnée connaît la position de l'autre intéressé ou des autres intéressés. S'il n'y a pas d'opposition, il est libre de procéder aux travaux sans encourir aucune responsabilité. Toute réclamation ultérieure pourra être rejetée. S'il y a opposition, l'article 6 recommande de procéder aux négociations en vue d'un accord par lequel on pourrait réconcilier les divers intérêts. L'Avant-projet ne contient aucune obligation à cet effet. Les Etats sont libres dans leurs pourparlers, et, pour arriver à une solution, ils peuvent choisir tout moyen approprié. Il paraît superflu d'indiquer ces moyens qui sont suffisamment connus dans la pratique des cabinets et dont le choix dépend des divers facteurs du cas d'espèce. La formule de l'article 6 se contente d'indiquer, aussi à titre de recommandation, que l'accord soit atteint dans un délai raisonnable. L'Avant-projet ne prévoit rien en cas d'un résultat négatif des négociations. Une disposition similaire est adoptée par quelques projets élaborés au cours des travaux de l'*International Law Association*, tandis que d'autres projets obligent les Etats à rechercher une solution par des moyens pacifiques allant jusqu'au recours à la Cour internationale de Justice⁷³. Une telle solution comprend aussi le devoir de s'abstenir des travaux pendant les négociations et les procédures employées. Cela veut dire que

⁷³ Projet de la branche américaine ILA, article III.

toute opposition prononcée a pour effet la suspension de l'exécution des projets d'aménagement jusqu'au moment où les parties arrivent à un accord ou une sentence a été rendue. Or, en droit actuel, ainsi que le constate la sentence dans l'affaire du Lac Lanoux, une opposition de la part des riverains n'a aucun effet sur le droit de l'Etat territorial de procéder aux travaux projetés, celui-là restant pourtant responsable de tout dommage causé en violation des règles du droit international, règles que l'Avant-projet tâche de formuler.

9. Conciliation des intérêts

Dans la première section de la présente partie, on a attiré l'attention sur la situation où les prétentions des deux parties opposées conduisent à une impasse. Quelques membres de la Commission demandent que les travaux ne soient pas entrepris sans l'assentiment des riverains (MM. Castrén, Muûls, Wright, en partie M. Briggs et le baron von der Heydte). Il y a aussi des propositions que les travaux soient suspendus aussi longtemps que la partie opposante est préparée à mener de bonne foi des négociations et à se soumettre aux procédures de règlement pacifique (Mémoire Griffin et projet de la branche américaine ILA). Le rapporteur trouve une issue à cette impasse dans la Charte des Nations Unies. Les Nations Unies furent fondées pour assurer « le respect des obligations nées des traités et *autres sources* du droit international », elles ont pour but de « réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à la rupture de la paix ». Il paraît être dans l'esprit de la Charte que tous les différends soient réglés par des moyens pacifiques. Mais l'interprétation actuelle de la Charte ne reconnaît pas l'exis-

tence d'une telle règle obligatoire pour tous les cas de différends. D'après cette interprétation, les Nations Unies ne se soucient directement que des conflits mettant en danger la paix. Pour les autres, ils peuvent subsister sans être résolus, pourvu qu'ils ne nuisent pas au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Pour ce cas spécial, l'article 33 de la Charte contient une véritable obligation de rechercher la solution pacifique du différend par un moyen pacifique au choix des parties. Quoique obligation stricte, elle n'entre en jeu que dans des cas déterminés présentant une gravité telle que la paix et la sécurité internationales peuvent être menacées. Par conséquent, la disposition de l'article 33 ne peut pas être appliquée à tous les cas de conflit au sujet de l'aménagement des eaux. Mais, à coup sûr, elle est applicable quand il s'agit d'un conflit tellement sérieux qu'il « est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales ». Sans doute, le passé récent le prouve abondamment, les questions d'aménagement des eaux peuvent engendrer des conflits très sérieux dont le caractère répond à celui qui est donné par l'article 33. La menace pour la paix ne dépend pas seulement de la gravité du dommage ou de l'importance des intérêts en cause, mais aussi d'autres facteurs très variés qui déterminent les rapports entre les pays respectifs. Mais, même dans des situations où les rapports généraux sont bons, voire amicaux, des projets de dérivation sur une large échelle peuvent aussi tourner en conflits tombant sous le coup de l'article 33⁷⁴.

⁷⁴ La constatation ci-dessus a trouvé un exemple tout frais, parvenu après la terminaison du présent rapport : En parlant devant le parlement du Canada des diversions projetées par les Etats-Unis au lac Michigan, M. *Diefenbaker* a déclaré que les alarmes suscitées par les projets réitérés de dérivation représentent « une source d'irritation profonde des relations entre les deux pays » (*The Times*, 20 avril 1959). — Il est désirable qu'on qualifie les cas tombant sous le coup de la disposition de l'article 33 de la Charte d'une manière aussi large que pos-

Dans de tels cas, l'obligation de l'article 33 entre en jeu. Il faut donc trouver une formule qui fasse application des dispositions du droit positif des Nations Unies aux cas d'utilisation des eaux. Ceci est l'objet de l'article 7 de l'Avant-projet ainsi conçu :

Si la prolongation d'un différend au sujet de l'utilisation des eaux est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales, les parties au différend doivent en rechercher la solution par des moyens indiqués à l'article 33 de la Charte des Nations Unies.

Comme il a été dit ci-dessus, le droit international est imparfait en ce sens que les violations de ses dispositions ne tombent pas sous le coup de sanctions analogues à celles qui sont connues dans l'ordre interne des Etats. En général, il n'y a pas de possibilité pour l'Etat lésé d'obtenir la constatation, par un organe compétent et reconnu, de la violation de ses droits et du dommage causé, si l'autre partie n'y consent pas de sa propre volonté. La conséquence en est que le fait accompli ou le dommage causé reste sans réparation. La partie lésée doit attendre soit la bonne volonté de l'autre partie, soit une occasion où celle-ci sera encline à reconnaître le tort et à le réparer parce qu'elle veut par là obtenir une autre concession ou avantage. Cette situation, connue depuis toujours, est devenue pire au temps des Nations Unies, parce que la Charte interdit la guerre et tout recours à la force. Mais, la Charte a introduit quelques obligations qui contrebalancent ce défaut. Elle oblige les membres de régler leurs différends à l'amiable. L'article 7 applique cette obligation aux conflits

sible. D'ailleurs, on peut concevoir des situations où l'état créé par des travaux d'aménagement représente un préjudice tellement grave qu'il peut être qualifié d'agression. P. e. en cas de dérivation importante ou totale d'un fleuve dont les eaux sont une condition vitale de l'économie ou de l'existence même de la population du pays d'aval.

nés de l'utilisation des eaux et des aménagements projetés ou exécutés. Il est à remarquer que cette disposition n'est pas applicable à tous les cas de différends concernant l'utilisation des eaux, mais seulement à ceux qui répondent aux caractéristiques de l'article 33. Aller au delà, ce qui serait désirable, signifie passer du domaine de la *lex lata* à celui de la *lex ferenda*. Le rapporteur croit suffisant de se borner à la *lex lata*, mais il serait disposé à élargir, en cas d'un accord unanime des membres de la Commission, la disposition, en tant que règle *de lege ferenda*, en ce sens qu'elle obligerait les parties à rechercher la solution de tout différend à la manière indiquée par la Charte.

De l'avis du rapporteur l'article 33 oblige les Etats Membres des Nations Unies non seulement à rechercher une solution pacifique, mais aussi à y arriver. Ce n'est qu'interprétée dans ce sens que la disposition de l'article 33 de la Charte sert de contrepoids à l'interdiction complète de la guerre et du recours à la force. Toutefois, ni l'article 33 ni l'ensemble des dispositions du Chapitre VI de la Charte n'assurent un règlement certain des conflits. De telle façon, l'obligation susdite d'arriver à un règlement reste imparfaite. Si l'on veut se tenir dans le cadre du droit positif, on ne peut complètement remédier à cette imperfection. L'Avant-projet en trouve une issue supplémentaire à l'article 10.

Répondant aux observations des membres de la Commission et ayant en vue la grande utilité des procédures où les parties tombent d'accord d'avoir recours aux avis des experts et cherchent à élaborer des projets d'aménagement en commun, le rapporteur propose un article contenant une recommandation dans ce sens. Le problème a été discuté dans la première section de la partie III du présent rapport. De l'avis du rapporteur la recommandation doit être faite en termes très généraux, ce qui correspond au fait que les moyens et

procédés à employer sont très variés et que leur choix dépend des caractères spécifiques de chaque cas individuel qu'on ne peut pas prévoir dans toute leur richesse et abondance. La formule proposée paraît aussi correspondre au principe de la liberté du choix qui est, entre autres, exprimé à l'article 33 de la Charte des Nations Unies. Mais on pourrait envisager que l'Institut se décide à élaborer un règlement spécial consacré aux diverses méthodes auxquelles l'article proposé fait allusion. Le rapporteur est de l'avis qu'un tel travail doit être entrepris séparément, en dehors du cadre du présent Avant-projet et qu'il doit être réservé pour une seconde étape des travaux de l'Institut en cette matière.

En conclusion on propose le texte de l'article 8 suivant de l'Avant-projet :

Dans les négociations et en cas de recours aux moyens pacifiques, il est recommandé que les parties aient recours aux expertises techniques et éventuellement aux organismes appropriés, paritaires ou internationaux, pour arriver à des solutions assurant les plus grands avantages pour tous les intéressés.

10. *Suspension des travaux*

D'après le droit international actuellement en vigueur, un Etat qui projette des aménagements permettant une meilleure utilisation des eaux est libre de le faire tout en étant responsable des dommages causés à un riverain. Une exception existe pour des cas plus graves qui présentent les traits indiqués à l'article 33 de la Charte des Nations Unies et qui sont l'objet de la disposition de l'article 7 de notre Avant-projet. Il s'agit de savoir s'il y a obligation de suspendre l'exécution des travaux devant une opposition d'un riverain et dans l'attente du résultat de négociations ou de procédures de règlement pacifique éventuelles. Une telle suspension est prévue par

plusieurs projets. Le projet de la branche américaine ILA la conçoit comme une obligation et un avant-projet du comité ILA a adopté cette vue, mais devant l'opposition d'une partie de ses membres, il en a donné deux variantes dont l'une en forme de recommandation. Cette dernière variante a été retenue par la Résolution de New York (recommandation 1). Au contraire, le Mémoire Griffin (art. 3 b) contient une obligation de suspendre les travaux projetés.

La pratique connaît des cas de suspension volontaire⁷⁵, mais la sentence sur le Lac Lanoux (section 16) affirme que la partie projetante n'est pas obligée de suspendre les travaux envisagés.

Il n'y a pas de doute qu'une suspension des travaux pendant les négociations ou le cours d'une procédure rend plus facile leur succès et la solution du différend. Il y a donc toute raison pour qu'on introduise dans notre Avant-projet une disposition appropriée. De l'avis du rapporteur, on peut considérer l'exécution des travaux affectant par leurs effets un territoire étranger comme une ingérence contraire au droit si elle est en violation des intérêts protégés par le droit, ce qui est le cas des droits d'utilisation des eaux déterminés aux articles 2 et 3 de l'Avant-projet. L'exécution des travaux d'aménagement malgré une opposition déclarée et sans attendre la solution pacifique du différend constitue un emploi de la force étatique avec effet en territoire étranger. Un tel recours à la force est interdit par la Charte (art. 2, parag. 4). Dans ce sens, on peut dire qu'une règle du droit international positif oblige à la suspension des travaux en cas de différend. L'attitude du Président Eisenhower dans la question des diversions du Lac Michigan et l'avis de l'*American Bar*

⁷⁵ P. e. au cours des négociations franco-espagnoles sur le Lac Lanoux. V. *Duléry, op. cit.*, pp. 479-480.

Association, mentionnés dans la première partie du présent rapport (section 7), semblent marcher dans la même voie.

Si cette interprétation n'était pas acceptée pour tous les cas de différend au sujet de l'utilisation des eaux, elle est au moins valable pour les cas visés à l'article 7 de l'Avant-projet. Mais le rapporteur est prêt à accepter une disposition appropriée même comme règle *de jure condendo*, si les membres de la Commission ne voulaient pas suivre son opinion. Il se permet donc de formuler le texte de l'article 9 suivant de l'Avant-projet :

Durant les négociations ou la recherche d'une solution par un des moyens pacifiques, les parties doivent s'abstenir d'exécuter des travaux d'aménagement faisant l'objet du différend ou tous autres travaux susceptibles d'aggraver le conflit ou rendre une entente plus difficile.

Les membres sont priés de se prononcer sur la question du caractère de cette disposition (*lex lata* ou *lex ferenda*) et de sa limitation aux cas de l'article 7 de l'Avant-projet.

11. Procédure en cas de désaccord

L'obligation d'arriver à un accord, énoncée à l'article 7 de l'Avant-projet, n'assure pas le règlement du conflit d'une façon parfaite. Il est possible que les parties ne peuvent pas s'entendre sur le choix du moyen ou que la procédure choisie se prolonge indéfiniment, ou bien que la solution obtenue dans une procédure de conciliation ou dans une procédure similaire ne soit pas acceptée par les deux parties. Dans tous ces cas il y a une double impasse : le conflit se prolonge et la tension persiste, les plans d'aménagement sont suspendus à l'infini, probablement plus souvent aux dépens de la partie dont les demandes sont plus justifiées ou dont les besoins sont plus

pressants. Dans ce dernier cas, cette partie est facilement encline à consentir à des concessions excessives pour arriver à la réalisation de ses plans. Il faut trouver un moyen de sortir de cette impasse.

En ce qui concerne la solution définitive d'un conflit, une large partie de la doctrine et de la pratique internationale reconnaît le fait que le seul moyen sûr de régler un conflit est de le porter devant un organe ayant autorité pour le trancher d'une manière obligatoire pour les parties. C'est d'une part la procédure arbitrale ou judiciaire, d'autre part une solution imposée par une autorité internationale, reconnue par les parties, qui n'est pas tenue de trancher le conflit par application des règles du droit. Tandis qu'il n'y a pas de moyens de la seconde catégorie, l'arbitrage et le règlement judiciaire sont depuis longtemps introduits dans la pratique internationale. Toutefois, le choix de cette voie dépend de la volonté des parties. Pour cette raison, il y a une tendance très répandue d'assurer à l'avance le recours à la procédure arbitrale ou judiciaire par la conclusion des traités bilatéraux ou multilatéraux. Aussi dans notre matière, il y a des propositions de ce genre dans les Résolutions de Montevideo (art. 10) et de Dubrovnik (art. VI) ainsi que dans les projets Smith (recommandation 5) et de la branche américaine ILA (art. III). Parmi les membres de la Commission, MM. Bolla, Briggs et Muûls proposent la voie juridictionnelle comme la dernière ressource pour la solution d'un différend au sujet de l'utilisation des eaux.

Etant donné que les autres moyens pacifiques existants ne sont pas de nature à conduire nécessairement à une liquidation du conflit, et puisque le recours à la force est interdit, il serait naturel que le droit international de notre temps prescrive un recours obligatoire à une voie juridictionnelle dans tous les cas où une solution n'est pas atteinte pendant un délai raison-

nable. Il paraît que ce stade de l'évolution du droit international n'est pas encore atteint, ce qui constitue une grave imperfection de l'ordre international actuel. Désirant donner à la Résolution votée par l'Institut le plus haut degré d'autorité en la limitant à l'énoncé des règles du droit positif, le rapporteur propose le texte de l'article 10 dans une formule très conservatrice, mais il soumet aux membres de la Commission la question de savoir s'il ne faut pas élargir la portée de cette disposition en introduisant *de lege ferenda* l'obligation du recours à la voie juridictionnelle dans certains cas déterminés.

Voici le texte de l'article 10 qui est le dernier article de l'Avant-projet :

Si les parties n'arrivent pas à un accord dans un délai raisonnable, toute partie peut proposer que la question de savoir si l'aménagement proposé est contraire aux règles ci-dessus soit soumise à un tribunal arbitral ou à la Cour internationale de Justice.

Si une des parties ne consent pas à l'arbitrage proposé ou refuse de se soumettre à la juridiction de la Cour, l'autre partie est libre de l'obligation de l'article 9.

L'article 10 a pour but de préserver la partie innocente de délais excessifs. Elle ne doit pas souffrir trop longtemps de la suspension de ses projets, suspension à laquelle elle est obligée en vertu de l'article 8 de l'Avant-projet. Dans ce but, l'article 10 permet à toute partie de proposer qu'on soumette à une instance arbitrale ou judiciaire la question juridique de savoir si le projet des travaux est en concordance avec les règles du droit matériel formulées dans le présent Avant-projet. En cas d'acceptation par les deux parties, le résultat de la procédure donnera peut-être une base de solution puisque les deux parties sauront d'une façon certaine, et obligatoire pour elles, ce qui leur appartient d'après le droit en vigueur.

Si la sentence proclame que le projet n'est pas contraire au droit en vigueur, la partie proposante pourra procéder à son exécution, et la partie opposante, voyant que son opposition n'est pas fondée en droit, pourra, en réduisant ses demandes et en proposant en même temps des contre-concessions intéressantes pour l'autre partie, arriver à un nouvel accord qui donnerait de meilleures chances aux deux ou à tous les riverains intéressés. Si, au contraire, c'est la partie proposante qui perd le procès, elle tâchera de trouver un autre projet auquel elle pourra faire consentir l'autre riverain ou les autres riverains.

L'article 10 prévoit que les parties peuvent proposer le recours à l'arbitrage ou au règlement judiciaire, il n'oblige pas les parties à cette procédure. Cette solution cadre avec le droit en vigueur. La partie opposée est donc libre de ne pas accepter la proposition. Mais, dans ce cas, la partie proposante est libérée de l'obligation de l'article 9 qui lui défend de réaliser ses projets d'aménagement. Ceci est aussi en concordance avec le droit existant, puisque, en principe, l'opposition à un projet n'empêche pas de procéder à son exécution.

Le présent article donne le choix de l'instance juridictionnelle à la partie proposante. Il faut l'interpréter dans ce sens que toute partie peut proposer une voie juridictionnelle et, en cas de refus, faire une autre proposition. Elle peut finalement, mais aussi dès le début, proposer le recours à la Cour internationale de Justice. Là aussi, il y a lieu d'appliquer les règles pertinentes du droit international commun. Par exemple, s'il y a, entre les parties en cause, un accord préexistant instituant une procédure arbitrale et judiciaire, la partie proposante est tenue de choisir cette voie à l'exclusion de toute autre. Mais, en cas de refus de la partie opposée et s'il n'est pas possible de saisir unilatéralement l'instance prévue (par exemple si le tribunal prévu n'est pas constitué à l'avance

et s'il ne peut pas être constitué sans la coopération de l'autre partie), la partie proposante pourra quand même proposer le recours à la Cour internationale de Justice.

Il est entendu que le refus peut être donné tacitement. L'Avant-projet ne prévoit pas les diverses possibilités par lesquelles une partie peut faire traîner ou immobiliser une procédure déjà acceptée. Un tel cas doit être assimilé à l'hypothèse de base du présent article, et autorise l'autre partie à proposer une autre voie plus efficace ou à se regarder, le cas échéant, comme déliée des obligations de l'article 9.

En terminant le présent rapport, le rapporteur désire exprimer de nouveau ses remerciements aux membres de la Commission. L'Avant-projet qu'il présente contient, à son avis, l'essentiel. Il a fallu établir des règles principales régissant notre sujet en faisant confiance à la jurisprudence internationale en espérant qu'elle s'en servira à la pleine satisfaction des intéressés et de la critique scientifique. Les affaires *Nottebohm*, des *Pêcheries norvégiennes*, de l'*Usine de Trail*, du *Lac Lanoux* et d'autres en donnent la preuve. Le devoir de la Commission est de fournir un texte dans le sens indiqué.

(Zagreb, avril 1959.)

PROJET DE RÉSOLUTION SUR L'UTILISATION DES EAUX

L'Institut de Droit international,

Constatant que la règle de ne pas porter préjudice illégitime à autrui est un des principes fondamentaux régissant les rapports internationaux de voisinage en général,

Constatant que ce principe s'applique aussi aux rapports provenant des utilisations diverses des eaux,

Rappelant, d'autre part, qu'une utilisation basée sur des plans communs et des concessions réciproques peut donner des résultats supérieurs à ceux qui sont obtenus par chacun des Etats intéressés procédant individuellement et se prévalant exclusivement de leurs droits reconnus par le droit international

et qu'une combinaison des efforts et des plans d'utilisation des eaux d'un bassin fluvial intéressant plusieurs Etats peut donner des avantages supérieurs et une utilisation plus complète pour tous les Etats intéressés,

que, partant, la voie d'entente et d'utilisation basée sur un accord commun est souvent préférable à celle qui ne se prévaut que du droit en vigueur,

Formule les constatations des règles du droit international en vigueur et les recommandations suivantes :

Article premier

Les règles ci-après s'appliquent à l'utilisation des eaux faisant partie d'un bassin fluvial qui s'étend sur le territoire de deux ou plusieurs Etats.

Article 2

Tout Etat a le droit d'utiliser, jusqu'au maximum possible et sur une base d'égalité des droits, les eaux qui traversent ou bordent son territoire, en respectant toutefois le droit correspondant des Etats intéressés au même cours d'eau ou bassin fluvial et sous réserve des limitations imposées par le droit international en général et des limitations contenues dans les articles qui suivent.

Article 3

En vertu du principe de l'égalité des droits, tous les Etats intéressés ont un droit égal à utiliser les eaux d'un bassin fluvial en proportion de leurs besoins.

Article 4

Est interdite toute altération qui, à la suite d'une utilisation entreprise, cause un dommage sérieux au droit d'utilisation d'un autre Etat intéressé aux eaux du même bassin fluvial.

Article 5

Toutefois, l'Etat qui se propose d'entreprendre des travaux en vue d'un meilleur aménagement a le droit de le faire en assurant à la partie opposante la possibilité de jouir des bénéfices proportionnels auxquels elle a droit et une compensation adéquate pour les pertes et dommages subis.

Article 6

Dans le cas où un dommage sérieux pourrait être causé par des travaux d'aménagement, il est recommandé que l'Etat qui se propose d'entreprendre des travaux en donne avis préalable aux Etats intéressés et cherche, en cas d'opposition, à arriver à un accord dans un délai raisonnable.

Article 7

Si la prolongation d'un différend au sujet de l'utilisation des eaux est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales, les parties au différend doivent en rechercher la solution par des moyens indiqués à l'article 33 de la Charte des Nations Unies.

Article 8

Dans les négociations et en cas de recours aux moyens pacifiques, il est recommandé que les parties aient recours aux expertises techniques et éventuellement aux organismes appropriés, paritaires ou internationaux, pour arriver à des solutions assurant les plus grands avantages pour tous les intéressés.

Article 9

Durant les négociations ou la recherche de solution par un des moyens pacifiques, les parties doivent s'abstenir d'exécuter des travaux d'aménagement faisant l'objet du différend ou tous autres travaux susceptibles d'aggraver le conflit ou rendre une entente plus difficile.

Article 10

Si les parties n'arrivent pas à un accord dans un délai raisonnable, toute partie peut proposer que la question de savoir si l'aménagement proposé est contraire aux règles ci-dessus soit soumise à un tribunal arbitral ou à la Cour internationale de Justice.

Si une des parties ne consent pas à l'arbitrage proposé ou refuse de se soumettre à la juridiction de la Cour, l'autre partie est libre de l'obligation de l'article 9.

(Zagreb, avril 1959.)

Annexe I

Exposé préliminaire

présenté par

M. *Juraj Andrassy***I. La tâche et ses limites**

La neuvième Commission¹ nouvellement constituée a reçu pour tâche de préparer un rapport sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation). Le but de ce travail de la Commission est de présenter à l'Institut pour acceptation un projet de Résolution déterminant les règles qui régissent, en droit international existant, les rapports entre différents sujets de droit international en ce qui concerne ladite utilisation, ou qui devraient les régir *de lege ferenda*.

A. *Objet*. A première vue, la tâche paraît claire. On sait bien ce qu'il faut entendre par eaux internationales non maritimes. C'est la totalité des cours d'eau, des lacs et de toutes les eaux qu'on ne peut pas qualifier d'eaux maritimes. Par conséquent, doivent y entrer aussi les canaux artificiellement construits. Toutefois, après un peu de réflexion, plusieurs questions se posent.

¹ Cette Commission est ainsi constituée : Rapporteur : M. Andrassy. Membres : M. Barbosa de Magalhães, M^{me} Bastid, MM. Briggs, Castrén, Colombos, Feinberg, baron von der Heydte, Kraus, Liang, Muûls, Sauser-Hall et Quincy Wright.

a) Il suffit de constater que notre étude doit comprendre tout cours d'eau, même le plus insignifiant, puisque aussi bien celui-là est susceptible d'être l'objet d'une utilisation intéressant deux ou plusieurs Etats.

b) Une seconde question très importante est celle de savoir quel fleuve ou cours d'eau doit être qualifié d'international et tombe, à ce titre, dans le domaine de nos recherches. Là, notre tâche est de loin plus difficile que celle qui a trait à la navigation. Quant à la navigation, on peut déclarer international n'importe quel tronçon d'une voie navigable. Celui-là sera régi par des règles établies pour la navigation sans qu'il y ait des répercussions quelconques sur les autres parties de la voie navigable, si celles-là ne sont pas soumises au même régime international. Dans notre cas, au contraire, il s'agit d'utilisations d'ordre très varié qui peuvent entraîner des conséquences jusqu'aux parties très éloignées dépendant du même système fluvial et étant, du point de vue de la géographie physique, en connexion avec le lieu de l'utilisation par le réseau des eaux courantes.

Généralement, on qualifie d'international un cours d'eau qui est situé sur la frontière séparant deux Etats (cours d'eau contigu) ou qui traverse, successivement, les territoires de deux ou plusieurs Etats (cours d'eau successif). Cette définition a pris naissance lors de l'élaboration des règles pour la navigation. Là, en effet, il s'agit de voies d'eau qui relient plusieurs Etats ou qui leur assurent un accès navigable à la mer. Ce critérium n'est pas décisif quand il s'agit d'autres utilisations dont les conséquences se propagent au moyen même de l'eau courante. Il faudra donc abandonner la notion « classique » de cours d'eau international et adopter le critérium des effets internationaux, c'est-à-dire des effets qui dépassent la frontière internationale.

Dans la recherche de notre définition nous allons nous appuyer sur une remarque judicieuse de M. Sauser-Hall qui

se trouve dans son étude magistrale sur l'utilisation industrielle des fleuves internationaux². L'auteur met la notion de fleuve international en opposition avec celle des fleuves nationaux qui « de leur source à leur embouchure dans la mer, coulent entièrement à l'intérieur des frontières territoriales d'un seul et même Etat ». L'utilisation d'un tel fleuve « purement national » ne peut avoir aucun effet sur le territoire d'un autre Etat³. Puisque dans tous les autres cas (si le fleuve ne coule pas entièrement à l'intérieur des frontières d'un seul Etat) les effets d'une utilisation des eaux peuvent avoir des effets sur le territoire d'un autre Etat, il faudrait qualifier d'internationaux, par rapport à notre tâche, tous les cours d'eau qui ne correspondent pas à la définition de cours d'eau national telle quelle a été proposée par notre éminent Confrère.

C'est à ce sujet qu'il faut introduire un facteur qui est décisif quand il s'agit des utilisations d'un cours d'eau autres que la navigation. C'est le fait de la dépendance naturelle entre Etats qui sont d'une façon quelconque intéressés à un même cours d'eau. Cette « dépendance physique permanente » se trouve à la base des règles proclamées par l'Institut de Droit international à la session de Madrid en 1911 (alinéa premier de l'exposé des motifs). Malgré cette constatation, l'Institut s'est borné à formuler ces règles pour les seuls cours d'eau formant frontière entre deux Etats ou traversant successivement les territoires de deux ou plusieurs Etats. Cette manière de voir se retrouve chez la plupart des auteurs⁴. A notre avis, cette limitation ne saurait être retenue dans les travaux de la neuvième

² *Georges Sauser-Hall*, L'utilisation industrielle des fleuves internationaux. Académie de Droit international. Recueil des Cours 1953 II, tome 83, p. 476.

³ Sous réserve des répercussions éventuelles par voie souterraine (diminution des eaux phréatiques).

⁴ *V. Sauser-Hall*, op. cit., p. 481.

Commission. Il faut partir de l'idée que les règles que l'Institut se propose d'élaborer doivent être applicables à tous les cas dont le règlement est exigé par la nature des choses, c'est-à-dire à tous les cas où il y a conflits d'intérêts au sujet de l'utilisation des eaux.

A l'appui de notre proposition, on peut invoquer plusieurs arguments. En premier lieu, d'après une pratique presque générale, la détermination des cours d'eau internationaux s'appuie sur les dénominations géographiques. Or, celles-ci sont purement accidentelles. La Sure (Sauer) et son affluent Our servent de frontière entre l'Allemagne et le Luxembourg. Si, par quelque hasard, le nom Our avait été donné à la partie supérieure de la Sure qui traverse le territoire luxembourgeois, ce tronçon, appelé Our, serait un cours d'eau national. Et pourtant, dans les deux cas, le cas réel et le cas de notre hypothèse, il s'agit d'une situation de fait identique où certains faits ou omissions peuvent avoir des répercussions en territoire voisin. Limiter les règles concernant l'utilisation des eaux à des cours d'eau internationaux qui sont déterminés comme tels par leur dénomination géographique équivaldrait à faire œuvre incomplète.

En second lieu, les répercussions qui peuvent être la suite d'une utilisation des eaux se propagent par le jeu des lois de la nature, et justement au moyen de l'eau. De ce fait elles peuvent se faire sentir dans des endroits très éloignés grâce à ce moyen de propagation⁵. Pour cette raison, il n'est pas possible d'isoler un cours d'eau d'après son identité en tant qu'élément géographique individuel et d'en séparer ses tributaires, même

⁵ Voir en ce sens *Sauser-Hall*, op. cit., p. 488 : « tout aménagement hydro-électrique d'un cours d'eau modifie son équilibre naturel et entraîne, en amont, en aval et sur les deux rives, une cascade de répercussions de toute importance ».

si ceux-là appartiennent, le long de leur cours entier, au territoire d'un seul Etat. Il faut donc prendre en considération l'ensemble d'un système fluvial ou toutes les eaux connexes dans tous les cas où une certaine forme d'utilisation a des conséquences qui se font sentir dans le cadre de ce système ou de cette connexité physique.

Beaucoup d'auteurs qui se sont occupés de la question partagent le point de vue qui vient d'être exposé. L'unité naturelle des cours d'eau qui subsiste malgré l'existence des frontières est déjà soulignée par M. Max Huber⁶. D'après M. Smith, c'est un principe fondamental que tout système fluvial est, de par sa nature, une unité physique indivisible⁷. La même thèse est vigoureusement soutenue par M. Decleva⁸. Le regretté professeur Brierly constate : « The practice of States as evidenced in the controversies which have arisen about the matter, seems now to admit that each State concerned has a right to have the system considered as a whole⁹ ». Le principe de la « dépendance physique permanente » se trouve à l'exposé des motifs de la Résolution de Madrid en 1911, sans que la Résolution elle-même en ait tiré les conséquences nécessaires. Si, dans la jurisprudence, on s'appuie sur le fait que « la rivière ne constitue qu'un unique cours d'eau¹⁰ », il est illogique d'exclure de cette « unité » des tributaires pour la seule raison qu'ils portent, par un hasard qui n'a rien à faire avec l'état naturel, des noms géographiques différents.

⁶ *Max Huber*, Internationales Wasserrecht, dans Schweizerische Wasserwirtschaft, 1911, p. 329.

⁷ *H. A. Smith*, The Economic Uses of International Rivers, 1931, p. 150.

⁸ *Decleva*, L'utilizzazione delle acque nel diritto internazionale, 1939.

⁹ *J. L. Brierly*, The Law of Nations, 4^e éd., 1949, p. 190.

¹⁰ Cour suprême des Etats-Unis (Wyoming v. Colorado), traduction par *Sauser-Hall*, op. cit., p. 544.

En se basant sur tous ces arguments, nous proposons d'envisager, aux fins de notre travail et autant que cela paraîtra nécessaire, des systèmes fluviaux entiers, tout en nous réservant la possibilité de limiter certaines règles à élaborer à certaines parties restreintes du système (cours d'eau formant frontière, cours d'eau en amont ou en aval, etc.)¹¹.

c) En partant du fait de la connexité physique, il faut prendre également en considération les grandes quantités d'eau souterraine qui se relie étroitement aux eaux courant à la surface, soit qu'elles les alimentent, soit qu'elles subissent des altérations du fait de l'utilisation des eaux de surface. Il ne faut pas perdre de vue que les eaux souterraines sont aussi utilisées, d'une part en tant que telles (en fournissant l'humidité nécessaire à la végétation et aux cultures), d'autre part par le moyen des forages (forages de sources d'eau minérales et autres, forages de puits en vue de l'alimentation en eau des agglomérations humaines, ceci parfois sur une très grande échelle). Certains aménagements des cours d'eau de surface affectent les eaux phréatiques, soit dans leur quantité, soit dans leur qualité. C'est ainsi, par exemple, qu'on discute, depuis longtemps, la question de savoir si le canal latéral du Rhin, exécuté par la France sur la rive gauche de ce fleuve, a eu des effets nuisibles pour la végétation, et surtout pour la sylviculture des régions allemandes de la rive droite¹². Il y a des cas où la qualité des eaux phréatiques a souffert du fait d'infiltrations de matières malsaines dans le sol ou dans le cours d'eau lié à ces eaux phréatiques.

¹¹ V. Questionnaire, IV.

¹² Du côté français on affirme que les pertes d'humidité sont dues à la régularisation du lit du Rhin et à la consolidation de ses berges, ce qui a eu pour effet un écoulement plus rapide, réduisant les pertes par infiltration.

La prise en considération des eaux phréatiques s'impose aussi pour la raison que l'humanité, déjà à l'heure présente et davantage dans un avenir très prochain, a besoin de toutes les ressources des eaux disponibles. Berber cite un rapport de Lowdermilk qui constate qu'il faut faire entrer en ligne de compte toutes les réserves existantes d'eaux, tant celles de surface que les eaux phréatiques, et qu'il faut assurer leur utilisation la plus rationnelle¹³. Dans certaines parties du monde, ce besoin se fait sentir de la façon la plus urgente (p.e. Inde et Pakistan, vallée du Nil). Les études entreprises par le Conseil Economique et Social des Nations Unies sont dictées par des considérations du même ordre.

Tout ceci nous amène à proposer qu'on envisage, dans notre étude, aussi les eaux phréatiques pour voir, si certaines règles qui viendront à surgir de nos travaux pourraient être appliquées à ces eaux (ou s'il faudrait éventuellement formuler certaines règles spéciales à leur égard)¹⁴. Il va de soi que notre travail prendra en considération aussi les véritables cours d'eau souterrains comme ceux qui se trouvent dans les Pyrénées et qui ont déjà été l'objet d'arrangements internationaux entre la France et l'Espagne.

Le cadre très ample que nous donnons à notre étude correspond d'ailleurs à la désignation de la tâche assignée à la neuvième commission qui porte sur les « eaux internationales non maritimes ».

B. Notre tâche doit aussi être précisée quant à son *but*¹⁵. Tout travail d'une commission de l'Institut aboutit à un projet de Résolution qui est présenté à une session de l'Institut

¹³ Fritz Berber, *Die Rechtsquellen des internationalen Wassernutzungsrechts*, München, 1955, p. 10.

¹⁴ V. Questionnaire, III.

¹⁵ V. Questionnaire, II.

en vue d'une discussion et adoption éventuelle. Les Résolutions de l'Institut contiennent des règles qui, de l'avis de l'Institut, régissent ou devraient régir les rapports internationaux dans la matière donnée. A cet effet, la tâche de la Commission sera d'examiner quelles sont les règles du droit international positif régissant l'utilisation des eaux. Il faut voir, si de telles règles existent et dans quelle mesure elles existent. Ensuite, il faudra dégager le sens et le contenu de ces règles en leur donnant une formulation aussi exacte que possible. La question de l'existence et du contenu de ces règles sera l'objet des sections suivantes de cet exposé. Mais la Commission ne doit pas se borner à la constatation et à la formulation du droit en vigueur. Elle devra pousser son travail aussi loin qu'elle le jugera nécessaire pour formuler des règles nouvelles qui font défaut en droit international positif et dont le besoin se fait sentir¹⁶. Elle devra également examiner si telle règle du droit positif correspond aux besoins actuels et, le cas échéant, proposer des règles nouvelles remplaçant celles du droit positif qui, de l'avis de la Commission, ne conviennent plus.

Pour que ce travail compliqué et plein de responsabilités devienne en effet œuvre de la Commission, la procédure traditionnelle de l'Institut le divise en plusieurs étapes. Dans la première étape, introduite par cet exposé préliminaire, il faut esquisser les traits généraux du travail qui doit prendre corps au moyen d'un échange de vues entre les membres de la Commission. Il faut donc d'abord élucider quelques questions de principe et rechercher l'accord des membres de la Commission sur elles. Ce n'est qu'après avoir atteint ce but qu'on pourra entrer dans les détails des règles régissant l'utilisation des eaux. C'est pour cela que le questionnaire attaché à cet exposé ne portera que sur les points et principes fondamentaux et sur les

¹⁶ V. Questionnaire, VI.

règles les plus générales. Après avoir établi les opinions des membres de la Commission et recueilli leurs suggestions quant au développement ultérieur du travail, on pourra procéder à l'étude des détails des règles à élaborer. A cet effet, les membres de la Commission sont priés de bien vouloir dire quelles sont les questions qu'il faudra soumettre à l'étude ultérieure et quelles sont les règles qu'il faudrait insérer dans le projet de Résolution que la Commission doit proposer à l'Institut en séance plénière.

C. Dans nos travaux, il ne faut jamais perdre de vue que les questions complexes et variées de l'utilisation des eaux demandent souvent un traitement spécial qui ne peut être atteint sans accord entre les parties intéressées. En élaborant les règles du droit international qui régissent ou devraient régir les rapports internationaux en ce qui concerne l'utilisation des eaux, il faut reconnaître que ce ne sont que des règles de droit dispositif auxquelles les parties intéressées peuvent toujours substituer des stipulations conventionnelles d'après les besoins du cas et leurs intérêts spéciaux. Il faut aussi souligner que, dans beaucoup de cas, un accord entre les parties et un aménagement en commun peuvent assurer une utilisation des ressources d'eau disponibles bien meilleure que celle qui pourrait être atteinte en cas d'application stricte des règles générales du droit international. L'International Law Association a exprimé ce fait dans sa Résolution de Dubrovnik en termes suivants :

« So far as possible, riparian states should join with each other to make full utilization of the waters of a river, both from the viewpoint of the river basin as an integrated whole, and from the viewpoint of the widest variety of uses of the water, so as to assure the greatest benefit to all ».

Tout en reconnaissant la justesse de cette observation, il y a lieu de se demander, si notre Résolution doit contenir une dis-

position semblable. Les membres de la Commission sont priés de bien vouloir se prononcer à ce point.

II. Les utilisations des eaux et leurs effets

Du point de vue de notre étude, les différentes sortes d'utilisation des eaux ne nous intéressent qu'en ce qui concerne leurs effets. Dès lors on peut distinguer trois catégories d'utilisation.

1° On peut faire usage des eaux sans en altérer ni la quantité ni la qualité. Tels sont les moulins à eau qui n'utilisent que la force motrice normale des eaux courantes. Quant à l'effet international, c'est-à-dire celui qui se fait sentir au-delà de la frontière, on peut classer dans cette catégorie tous les cas d'aménagement hydroénergétique où on capte les eaux à une certaine altitude en les conduisant par un chenal ou une conduite à un endroit où l'on provoque leur chute en les rendant ensuite à leur lit normal avant que n'ait été atteint le territoire de l'Etat voisin.

2° D'autres usages ont pour effet de consommer une certaine quantité d'eau sans la rendre par la suite à l'écoulement normal. Ce sont les usages privatifs ou exhaustifs. Ils diminuent la quantité des eaux des biefs suivants du cours d'eau. L'exemple typique d'un tel usage est celui aux fins d'irrigation. On dispose des eaux affluentes en les distribuant aux régions adjacentes (ou même — par la voie d'un canal — assez éloignées). Cet usage absorbe les eaux en une grande partie ou totalement, et les eaux absorbées de cette façon font défaut au cours ultérieur.

Des altérations en quantité peuvent aussi être provoquées en sens inverse, c'est-à-dire en envoyant au voisin en aval des quantités d'eau plus que normales à un moment peu propice

Tel est le cas où, par suite d'une dérivation effectuée, une quantité additionnelle est envoyée à un cours d'eau autre que celui auquel elle devait être rendue dans des conditions naturelles. De cette façon on peut augmenter les risques d'inondations et rendre nécessaires des travaux coûteux pour parer aux inconvénients de l'affluence augmentée.

3° Une troisième catégorie d'utilisation est celle où on fait usage des eaux pour des fins industrielles dans des conditions telles que les eaux sont rendues au cours d'eau dans un état qui les rend nuisibles. Cette détérioration ou changement de qualité peut résulter soit d'une augmentation excessive de la température des eaux, soit — plus fréquemment — de l'immixtion de matières toxiques, insalubres ou salissantes. Un cas spécial d'immixtion est celui où un cours d'eau est employé simplement pour recevoir des matières nuisibles sans qu'il y ait eu usage préalable de ces eaux.

Il y a aussi combinaison des trois catégories mentionnées. Surtout le premier type — usage sans altération de quantité — s'est développé dans les temps plus récents pour devenir lui aussi privatif de quantité sur une très grande échelle. Ici, on se trouve devant une alternative. D'une part, les grands travaux hydro-électriques adoptent souvent une solution comportant un captage des eaux tel que celles-ci ne sont plus rendues au cours d'eau d'origine, mais à un autre cours d'eau, et parfois même à un autre système fluvial, privant ainsi de ces quantités d'eau les régions en aval appartenant au système fluvial aux dépens duquel les eaux ont été captées. Un autre cas, plus fréquent, est celui des aménagements hydro-électriques (ou autres) comportant des ouvrages d'emménagement des eaux en vue d'une distribution des quantités d'eau disponibles à la cadence qui convient le mieux aux besoins des installations en question. Par ce procédé, on peut altérer sensiblement l'écoulement naturel des eaux vers les régions en aval. Ce chan-

gement de quantités peut se faire sentir au cours d'un jour, d'une saison ou même de périodes plus longues. Le résultat d'un tel aménagement peut provoquer des dommages sérieux pour les régions en aval, notamment si celles-ci comptent, elles aussi, sur les mêmes quantités d'eaux pour leurs propres besoins similaires (installations hydro-électriques ou autres). Mais il est aussi possible que les altérations de l'écoulement naturel soient préjudiciables aux dispositions prises pour d'autres formes d'utilisation (p.e. celles d'irrigation). Les altérations que nous venons de mentionner peuvent aussi bien diminuer qu'augmenter les quantités d'eau de façon préjudiciable.

On peut également distinguer les divers cas d'utilisation ou d'altération d'après leur opposition ou leur concordance. L'utilisation aux fins hydro-électriques par l'Etat en amont ne s'oppose pas à l'utilisation aux fins d'irrigation par l'Etat en aval, sauf dans les cas où le débit des eaux aurait été sensiblement altéré du fait de l'emmagasinage des eaux en amont. Dans le cas contraire, toute utilisation pour irrigation par l'Etat en amont diminue les quantités que l'Etat en aval pourrait utiliser à des fins hydro-énergétiques (ou d'irrigation). Une telle opposition d'intérêts peut être réduite ou même supprimée par un aménagement plus rationnel des cours d'eau ou du système fluvial en question. On peut aussi parfois trouver des moyens de compensation en quantités provenant d'autres sources. Il faut souvent dans de tels cas qu'il y ait entente et collaboration entre les intéressés. Si l'opposition d'intérêts ne peut être évitée, le conflit persiste, et, dans ce cas, les intéressés éprouveront le besoin de résoudre la question en appliquant les règles de droit international. Très souvent, les parties pourront, en connaissant leurs positions respectives en droit, plus facilement arriver à un accord en vue d'une collaboration et d'un aménagement commun.

III. Historique de l'étude au sein de l'Institut

L'étude de notre sujet a été inscrite au programme des travaux de l'Institut de Droit International en 1910 sur la proposition de v. Bar et Harburger. V. Bar a été nommé rapporteur. Au début, son étude devait porter sur la « détermination des règles du droit international en ce qui concerne les cours d'eau internationaux, au point de vue de l'exploitation de leurs forces motrices ¹ ». Toutefois, le rapporteur a, pour de bonnes raisons, élargi le sujet à toutes formes d'exploitation industrielle ². V. Bar a élaboré un premier rapport accompagné d'un projet de Résolution ³. Huit membres ont communiqué leurs observations, mais l'Annuaire n'en publie que deux ⁴, les autres observations s'étant limitées à proposer des amendements, dont une partie a été acceptée par le rapporteur dans son deuxième rapport auquel il a ajouté un nouveau projet de Résolution ⁵. A la suite de ce deuxième rapport, la question a été discutée à la session de Madrid (19 et 20 avril 1911). Finalement, l'Institut a adopté la Résolution bien connue de Madrid ⁶.

La Résolution est précédée d'un exposé des motifs qui n'a pas été mis au vote, mais qui pourtant mérite notre attention.

¹ *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1910, vol. 23, pp. 498-499.

² *Annuaire*, 1911, vol. 24, p. 170. — Le rapport porte le titre « Réglementation internationale des cours d'eau internationaux au point de vue de l'exploitation de leurs forces motrices et de leur exploitation en général ». La Résolution est publiée sous le titre « Réglementation internationale de l'usage des cours d'eau internationaux ».

³ *Annuaire*, 1911, vol. 24, pp. 156-157, et *Revue générale de Droit international public*, 1910, pp. 281-288.

⁴ Kaufmann et Engelhardt, *Annuaire*, 1911, vol. 24, pp. 184-190.

⁵ *Annuaire*, 1911, vol. 24, pp. 168-183.

⁶ La discussion est reproduite, en résumé, dans l'*Annuaire*, 1911, vol. 24, pp. 347-364, et la Résolution se trouve dans le même volume, pp. 365-367.

Je me permets de reproduire, sur ce point, le jugement compétent de M. Sauser-Hall :

« Les considérations introductives de cette Résolution sont presque plus intéressantes que son contenu. L'Institut relève tout d'abord que les Etats riverains d'un même cours d'eau se trouvent réciproquement et d'une manière durable dans un état de dépendance physique, qui exclut l'idée que chacun d'eux puisse bénéficier d'une complète autonomie sur la partie du fleuve, de la rivière ou du lac relevant de sa souveraineté territoriale. Il constate que le droit international s'est principalement occupé du droit de navigation que l'Institut place toujours au premier plan de ses préoccupations, en posant la règle que « le droit de navigation en vertu d'un titre reconnu en droit international ne peut pas être violé par un usage quelconque », mais que l'utilisation de l'eau à des fins industrielles, agricoles et autres est restée jusqu'à présent en dehors des prévisions de ce droit. Il lui parut, par conséquent, indiqué de combler cette lacune et de fixer les principes juridiques applicables à cette interdépendance des Etats qui se trouvent en bordure du même cours d'eau ou dont les rives sont successivement coupées par le même fleuve ou la même rivière⁷. »

La Résolution elle-même distingue deux hypothèses : celle d'un cours d'eau qui forme la frontière entre deux Etats, et celle où il traverse successivement les territoires de deux ou de plusieurs Etats. Dans la première hypothèse, la Résolution interdit, en l'absence d'un assentiment ou d'un titre juridique spécial, tout changement préjudiciable à la rive de l'autre Etat ainsi que toute exploitation qui porte une atteinte grave à l'exploitation du même cours d'eau par l'autre Etat. Dans la seconde hypothèse, la Résolution contient plusieurs règles interdisant certains changements du cours d'eau, soit en quantité, soit en qualité, qui seraient nuisibles à un autre Etat intéressé. Pour préciser, ces interdictions portent sur le changement du point d'entrée, sur les déversements nuisibles, sur les prélèvements démesurés de quantités d'eau, sur les

⁷ *Sauser-Hall*, op. cit., pp. 525-526.

constructions comportant un danger d'inondation. De plus, il y a interdiction absolue de toute violation des droits de navigation existant en vertu d'un titre reconnu en droit international. Finalement, la Résolution recommande des commissions paritaires des Etats intéressés pour faciliter l'entente et un meilleur aménagement des cours d'eau intéressant les parties en cause ⁸.

La Résolution de Madrid est sans doute un document de grande importance et son autorité a été pleinement reconnue par la doctrine. Elle a exercé une influence considérable sur les idées dans la doctrine et dans la pratique internationale. Les travaux ultérieurs, officiels et autres, s'en sont inspiré, et sa valeur pour le développement de notre question est considérable. En relisant le rapport, les observations et les débats en séances plénières, on est frappé de voir tant d'idées justes et bien exposées qui conservent encore de nos jours leur valeur. Il faut se souvenir que, depuis ce temps, l'utilisation des eaux a pris des proportions énormes par rapport à ce dont nos Confrères de 1911 ont pu avoir connaissance. En prenant en considération les conditions de l'époque, on ne peut qu'éprouver un sentiment de reconnaissance envers les auteurs de la Résolution. Cela n'exclut pas les critiques qui ont été adressées et qui le peuvent être à juste titre. M. Sauser-Hall les résume en trois points principaux : caractère prématuré, contenu négatif, manque de précision et lacunes. M. Sauser-Hall écarte le premier reproche en disant que l'Institut n'a pas pu prévoir les conditions du développement technique qui ont soulevé des problèmes nouveaux, inconnus à l'époque de la rédaction de la Résolu-

⁸ La Résolution a adopté le projet de *v. Bar* avec quelques amendements de style tout en supprimant deux alinéas du point II/3 de la Résolution autorisant l'Etat d'amont à faire des prélèvements d'eau dépassant les quantités utilisées antérieurement et en donnant quelques règles pour la solution des questions des quantités à prélever.

tion. Il qualifie de plus grave le reproche fait à la Résolution de ne contenir que des propositions purement négatives consistant dans un système d'interdictions et ayant, de ce fait, un caractère conservateur. M. Sauser-Hall ajoute que la Résolution n'a pas assez tenu compte des conditions spéciales à chaque cours d'eau et que la prédominance qu'elle accorde au droit de navigation est trop absolue, « car il semble résulter du texte qu'elle doit constituer un obstacle insurmontable — si minime que soit l'intérêt qu'elle représente dans un cas donné —, à tout usage industriel du fleuve ». Enfin, M. Sauser-Hall fait l'objection suivante :

« L'Institut ne s'est préoccupé que d'assurer le cours naturel de l'eau, dans sa composition physique (volume) et chimique (pas d'altération) ; il ne s'est pas préoccupé de la question d'une distribution des eaux qui peuvent rester sans emploi dans l'Etat d'amont et de dérivations qui peuvent avoir un caractère vital pour les Etats d'aval. D'autre part, il protège l'Etat d'amont contre le danger d'inondation résultant de travaux exécutés dans l'Etat d'aval, sans penser aux dangers analogues auxquels serait exposé ce dernier, si l'Etat d'amont, par exemple, accélérât artificiellement la déclivité du cours d'eau et la rapidité de la chute⁹. »

En exposant ces critiques, M. Sauser-Hall pense qu'il serait « extrêmement désirable qu'à la lumière des expériences faites au cours de ces dernières quarante années l'Institut de Droit international inscrive la question au programme de ses études et y consacrer une de ses prochaines sessions ». En effet, l'Institut est bientôt entré dans cette voie, et c'est précisément la tâche qui s'offre à nous actuellement.

⁹ Sauser-Hall, *op. cit.*, pp. 527-532.

IV. Autres travaux et historique de la question en général

Le problème de la réglementation de l'utilisation des eaux intéressant plusieurs Etats n'a été considéré pendant longtemps que du point de vue de la navigation. Les autres utilisations des eaux, quoique connues dès les temps les plus anciens, ne suscitèrent guère d'intérêt sur le plan international. Il y a pourtant des cas, dans un passé plus éloigné, où l'utilisation des eaux a été l'objet de négociations entre les Etats intéressés ¹.

Ce n'est qu'avec le développement industriel qu'une utilisation beaucoup plus importante commença à provoquer l'intérêt des Etats pour les travaux et installations entrepris de l'autre côté de la frontière, et dont l'existence pouvait entraîner des conséquences dommageables sur leur propre territoire en altérant les cours d'eau de ce territoire soit dans leur volume ou dans leur qualité. L'aménagement des cours d'eau sur une large échelle ne se limitait plus, dans ses conséquences, au territoire d'un seul Etat. Certains aménagements ou travaux ont eu pour conséquence que l'Etat voisin ² se trouvait privé des jouissances que le cours d'eau en question lui assurait ou aurait pu assurer avant ledit aménagement ou exécution des travaux, ou bien que ce voisin se trouvait menacé de certains dangers provoqués par cet aménagement ou ces travaux. De ce fait, des conflits d'intérêts, de plus en plus compliqués, surgirent. De là, le besoin d'une réglementation internationale qui éviterait les conflits et épargnerait les dommages. Ce besoin s'est fait sentir

¹ Voir la série de conventions conclues par les Pays-Bas avec ses voisins entre 1785 et 1873, dans *H. A. Smith*, op. cit., pp. 159-165. D'autres conventions concernant l'utilisation des eaux et antérieures à la session de Madrid sont indiquées par *Berber*, op. cit., pp. 43 et ss.

² Le plus souvent c'est le voisin en aval, mais il y a assez de cas qui frappent le voisin en amont.

à l'époque où les membres de l'Institut de droit international ont pris l'initiative qui a mené à la Résolution de Madrid.

C'est à cette époque qu'on commence à s'occuper davantage de l'utilisation des eaux et que les conventions traitant de ce sujet deviennent plus nombreuses. Les affluents du Nil ont été assez tôt (depuis 1891) l'objet de négociations en vue d'assurer l'alimentation régulière du Nil en Egypte. En 1905 et 1906 furent conclues des conventions importantes entre la Suède et la Norvège, respectivement entre les Etats-Unis et le Mexique³. Une série de conventions entre les Etats-Unis et le Canada (Grande-Bretagne) constitue un autre apport très important au développement des principes régissant notre question. Dans les traités avec le Mexique et le Canada, les Etats-Unis introduisent un mécanisme de commissions paritaires qui a fait école depuis ce temps. Mais c'est surtout après la première guerre mondiale que le développement plus intense de la technique dans le domaine de l'utilisation des eaux amène une cadence plus rapide des règlements conventionnels des questions qui s'y rapportent. C'est à ce moment aussi que l'on procède à une étude de l'utilisation des eaux sur le plan international⁴. Le sujet de l'utilisation des eaux à des fins industrielles a été directement abordé à la Conférence de Genève de 1923 dont le résultat fut la Convention relative à l'aménagement des forces hydrauliques intéressant plusieurs Etats⁵.

³ *H. A. Smith*, op. cit., pp. 166-168.

⁴ Déjà la Convention de Barcelone sur les eaux navigables d'intérêt international (*Recueil des Traités de la S.d.N.*, 7, p. 35 et ss.; *Hudson*, *International Legislation*, I, pp. 638 et s.) envisage l'hypothèse où les intérêts autres que la navigation manifestement supérieurs à ceux de la navigation justifieraient la désaffectation par un des Etats riverains (Statut, art. 10, § 6).

⁵ *Recueil des Traités de la S.d.N.*, 36, p. 75 et s.; *Hudson*, *International Legislation*, II, p. 1182 et s.

L'idée fondamentale de cette Convention est d'assurer l'aménagement le plus utile des forces disponibles, ce qui, dans bien des cas, ne peut être atteint que par entente et collaboration entre les Etats situés sur le même cours d'eau ou intéressés au même système fluvial. Or, le principal objectif de la Convention est d'obliger les parties contractantes à entrer en négociations toutes les fois que cela pourrait être nécessaire ou utile. Pourtant, la Convention reconnaît la liberté des Etats d'exécuter sur leur territoire des travaux d'aménagement « dans le cadre du droit international », ce qui veut dire qu'il y a, en droit international, certaines limites à l'exercice de la souveraineté territoriale en ce qui concerne lesdits travaux. La Convention n'a pas d'ailleurs reçu d'application pratique, étant donné qu'elle n'a été ratifiée que par un petit nombre d'Etats parmi lesquels aucun n'était voisin d'un autre Etat contractant.

Dix ans plus tard, les *Etats américains* ont consacré une partie des travaux de la septième Conférence inter-américaine à notre question en adoptant une Déclaration (en date du 24 décembre 1933) sur l'utilisation industrielle et agricole des fleuves internationaux⁶. A la différence de la Convention de Genève, la Déclaration de Montevideo contient un principe très net d'après lequel l'exercice du droit de l'Etat riverain d'un fleuve international à exploiter exclusivement à des fins industrielles ou agricoles la marge du fleuve qui se trouve sous sa juridiction est limité « par la nécessité de ne pas porter atteinte au droit égal appartenant à l'Etat voisin à l'égard de la marge relevant de sa juridiction ». Et la Déclaration continue : « Par conséquent, aucun Etat ne peut sans le consentement de l'autre Etat riverain, apporter au cours d'eau de caractère international, en vue d'une exploitation industrielle ou agricole, aucune

⁶ Voir le texte dans *AJIL*, 1934, suppl., pp. 59-60, et *Berber*, op. cit., pp. 92-94.

modification qui pourrait porter préjudice à la marge de l'autre Etat intéressé ». Notons que la Déclaration de Montevideo a suivi de plus près la Résolution de Madrid que ne l'a fait la Convention de Genève de 1923. Par rapport à celle-ci, la Déclaration de Montevideo interdit des changements préjudiciables à un autre Etat intéressé. De plus, tandis que la Convention de Genève ne visait que l'utilisation aux fins hydro-électriques, les Etats américains prennent en considération des utilisations aux fins industrielles aussi bien que celles aux fins agricoles.

Les *Nations Unies* et les institutions spécialisées se sont occupé, de différentes façons, des questions de l'utilisation des eaux. Ce sont surtout les différents aspects techniques de régularisation et d'utilisation des eaux qui ont été traités à plusieurs reprises. Le Conseil économique et social ⁷, l'Organisation pour l'Alimentation et l'Agriculture, l'Organisation Mondiale de la Santé, l'UNESCO, la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement ont consacré leur attention à ces divers problèmes. Toutefois, ces travaux sont menés en vue d'une coopération technique et financière, et, si précieux qu'ils soient pour nous en fournissant une information surabondante sur les problèmes d'ordre technique et économique, ils n'ont pas abordé l'aspect juridique et surtout la question de l'élaboration des règles générales qui devraient régir les rapports internationaux en l'absence d'entente entre les pays intéressés ⁸.

⁷ Voir la Résolution du Conseil économique et social 417/XIV votée le 2 juin 1952 sur la « coopération internationale en matière de régularisation et d'utilisation des eaux et en matière de mise en valeur des terres arides ».

⁸ Voir, entre autres, les travaux de la Conférence scientifique sur la conservation et utilisation des ressources (Lake Success, 17 août-6 septembre 1949), vol. IV (Water Resources); les travaux de la Commission économique pour l'Asie et l'Extrême Orient dont un organe spécial (The Bureau

Parmi les travaux non officiels, il convient de mentionner l'étude de la question de l'utilisation des eaux internationales au sein de l'*International Law Association*. C'est le professeur Eagleton qui a présenté, à la Conférence d'Edinburgh en 1954, un exposé préliminaire soulignant l'importance du problème. A la suite d'une discussion très intéressante à la Conférence de 1954, un comité pour l'étude de la question a été formé sous la présidence de M. Eagleton⁹. Ce comité a préparé pour la Conférence de Dubrovnik (1956) un « premier rapport » contenant une constatation des principes qui devraient former la base des règles à élaborer en ce qui concerne l'utilisation des fleuves internationaux. Déjà dans son rapport préliminaire, le professeur Eagleton a envisagé l'organisation d'un système général pour le développement et l'utilisation des fleuves internationaux. Dans le « premier rapport » sus-mentionné, le comité Eagleton propose une étude plus approfondie des règles de droit qui devraient régir l'utilisation des eaux, leur mise en œuvre et le mécanisme approprié pour atteindre ce but. L'étude envisagée pourrait conduire à l'élaboration d'un modèle de traité bilatéral ou d'un arrangement régional, ou bien à l'assistance administrative et technique fournie par les Nations Unies ou par d'autres organisations internationales, ou, enfin, à la mise en œuvre des moyens permettant la solution pacifique des différends. Plusieurs mémoires et notes ont été présentés à la table de la Conférence de Dubrovnik. La branche yougoslave de l'*International Law Association* a soumis un

of Flood Control and Water Resources Development) a publié plusieurs études dans la série « United Nations Flood Control Series ». Voir surtout le N° 7 de cette série (Manual of River Basin Planning, 1955) visant à l'étude du développement de toutes les possibilités d'utilisation des systèmes fluviaux entiers (multiple-purposes river basin development).

⁹ Les autres membres ont été: MM. Donaldson, Fortuin, Gieseke, Németh, Rosenne, Sevette, Sikri et Charles De Visscher.

co-rapport de M. Paunović et une note de l'auteur du présent exposé préliminaire. Des mémoires plus volumineux ont été présentés par quelques membres intéressés spécialement à la question (ce qui apparaît clairement à la lecture des mémoires), notamment en ce qui concerne le grand conflit d'intérêts qui existe entre l'Inde et le Pakistan au sujet de l'utilisation des eaux des grands systèmes fluviaux qui se trouvent coupés par la nouvelle frontière internationale tracée entre les deux Etats. Des points de vue opposés ont été magistralement exposés par M. Sikri, Advocate-General du Punjab (Inde), et par M. Manzur Qadir, Senior Advocate de la Cour suprême du Pakistan. Un groupe de juristes américains a communiqué des observations très amples sur le mémoire de M. Sikri, et l'un d'entre eux, M. Laylin, a en outre présenté un mémoire spécial commentant les propositions du comité Eagleton. Tous ces mémoires sont très bien documentés et représentent une source d'information très précieuse qu'il faut ajouter à la bibliographie des travaux récents intéressant notre question ¹⁰. Les membres de la Conférence de Dubrovnik ont reçu aussi, à titre privé, une note sur le régime juridique des fleuves non navigables traversant plusieurs territoires, due à la plume de M. Stainov, professeur à la Faculté de Sofia et membre de l'Académie de Bulgarie. Ce savant de grande renommée est aussi l'auteur d'un ouvrage écrit en langue bulgare sur la construction des barrages sur les rivières non navigables ¹¹.

¹⁰ L'auteur de cet exposé préliminaire est informé par M. Claudy de New York que les membres de la neuvième Commission recevront tout le matériel de la Conférence de Dubrovnik. Malheureusement, l'auteur de l'exposé lui-même n'a pas reçu ce matériel, et il le cite d'après la forme dans laquelle il a été présenté à la Conférence de Dubrovnik: Sikri Comments; Observations on Sikri Comments; Laylin Comments.

¹¹ Sofia 1951, avec résumé en français. Le mémoire présenté à Dubrovnik sera cité: *Stainov II*.

La discussion au sein de la Conférence de Dubrovnik a eu pour résultat une Résolution demandant au comité Eagleton de poursuivre son travail et adoptant certains principes qui devraient servir de base à ce travail. Le comité doit réexaminer ces principes et élargir son étude d'une part à tous les cours d'eau de caractère international, y compris les voies d'eau artificielles, d'autre part à toutes les formes d'utilisation, même à la navigation.

La Résolution de Dubrovnik déclare que tout Etat doit exercer ses droits sur un fleuve international qui se trouve sous sa juridiction en accord avec les principes contenus dans la même Résolution. En premier lieu, dans l'exercice de son pouvoir souverain sur les fleuves internationaux à l'intérieur de ses frontières, l'Etat doit prendre en considération les effets qui pourraient en résulter pour les autres Etats riverains. Il est responsable notamment des changements portant préjudice à un autre Etat et qu'il aurait pu prévenir en usant d'une diligence raisonnable. Le paragraphe V de la Résolution dispose que les conflits d'intérêts doivent être résolus en mesurant le bénéfice d'un Etat avec le préjudice résultant pour l'autre. A cet effet, la Résolution énumère quelques facteurs qui doivent être pris en considération ¹². Avant d'entreprendre un ouvrage nouveau qui pourrait être préjudiciable à l'utilisation du même cours d'eau par un autre riverain, l'Etat doit consulter cet autre Etat. En cas de désagrément, il faut demander l'avis d'une commission technique, et si ce moyen ne réussit pas, il faut soumettre le cas à l'arbitrage (paragraphe VI). Toute pollution évitable et portant un préjudice substantiel oblige à des dommages-intérêts (paragraphe VII). Enfin, le paragraphe VIII recommande aux Etats riverains d'entrer en collaboration en vue de l'utilisation maxima du système fluvial en tant qu'unité intégrale pour le plus grand profit de tous.

¹² V. ci-dessous, chap. VIII, 4, b

Certains points de cette Résolution seront considérés plus loin. En général, on peut dire que la Résolution a bien saisi la complexité du problème. C'est pour cela qu'elle recommande d'arriver à des solutions acceptables par la voie des négociations (paragraphe V, VI et VIII), des commissions techniques, et, éventuellement de l'arbitrage. Sur ce point, elle a suivi la voie indiquée par la Convention de Genève de 1923.

Il va sans dire que, parallèlement à ce développement qui vient d'être esquissé, la doctrine s'est occupée du problème de l'utilisation des eaux dès qu'il est apparu dans la pratique. Les premiers auteurs qui s'en occupent étudient la question du point de vue des intérêts engagés dans un cas d'espèce. C'est ainsi que la célèbre affaire des fuites des eaux du Danube a provoqué des discussions doctrinales qui ont eu leur écho même au sein de l'Institut de Droit international¹³. Egalement, les études de M. Max Huber ont été provoquées par des questions d'ordre pratique surgies dans son pays. En débutant par l'étude de la question en vue des cas d'espèce, la doctrine qui, pendant une longue période, n'a eu que très peu d'intérêt pour les questions autres que la navigation, s'est lentement orientée vers les problèmes de l'utilisation des eaux. Ces problèmes sont l'objet des ouvrages très documentés de Schulthess, Quint, H. A. Smith et Winiarski, ainsi que des thèses de Kurz

¹³ Lors de la discussion à la session de Madrid, *Meurer* a proposé d'obliger le voisin d'amont à entretenir le lit du fleuve dans la mesure où ceci est nécessaire pour éviter des dommages à l'Etat d'aval, proposition que le rapporteur *v. Bar* n'a pas retenue (*Annuaire*, 1911, vol. 24, p. 173). Le motif de la proposition ressort clairement de la sentence dans laquelle son auteur souligne « tout particulièrement le devoir de refaire les fissures du lit causant à l'Etat d'aval des pertes d'eau ». L'allusion à l'affaire des fuites des eaux du Danube est évidente. Voir pour les attitudes de *Bousek*, *Nippold* et *Ullmann* : *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international* 1951 II, tome 79, p. 101.

(Zurich 1933), Ranke (Würzburg 1927) et autres. Parmi les ouvrages les plus récents, il faut mentionner le livre très intéressant et approfondi de M. Decleva, le cours magistral donné à La Haye par M. Sauser-Hall et une étude très poussée sur les sources de droit concernant l'utilisation des fleuves internationaux par M. Berber. Un cours de La Haye sur le droit de voisinage par l'auteur du présent exposé fait une large place à l'utilisation des eaux. Malgré sa présentation comme rapport officiel de la Commission Economique pour l'Europe, il faut ranger parmi ces travaux l'étude si complète et riche sur les aspects juridiques de l'aménagement hydro-électrique des fleuves et lacs d'intérêt commun dont l'auteur (anonyme) est M. Sevette¹⁴.

Les grands conflits d'intérêts surgis dans les différentes parties du monde au sujet de l'utilisation de quelques cours d'eau ou bassins fluviaux très importants (Columbia, Indus, Nil, Jourdain, etc.) ont provoqué une série d'études spéciales¹⁵. L'actualité de ces problèmes a amené l'American Society of International Law à inscrire sur le programme de son assemblée générale de 1957 la question de la navigation et des autres utilisations des canaux et fleuves internationaux¹⁶.

En ayant recours aux riches notes bibliographiques et aux cas de jurisprudence contenus dans les ouvrages récents sus-

¹⁴ *Commission Economique pour l'Europe*, Aspects juridiques de l'aménagement hydro-électrique des fleuves et des lacs d'intérêt commun. Deuxième édition, 1952. Doc. E/ECE/EP 98 Rev. 1.

¹⁵ Voir, p. e., *Hirsch*, Utilization of International Rivers in the Middle East, *AJIL*, 1956, pp. 81 et ss.

¹⁶ Le programme comportait des rapports sur les problèmes du fleuve Columbia (Martin), sur le fleuve Indus (Laylin), sur le St. Lawrence Seaway (Griffin), et sur les canaux de Panama et de Suez (Padelford et Finch). Les débats seront publiés dans les *Proceedings* de 1957. — A cette occasion, le matériel de la Conférence de Dubrovnik a été distribué.

mentionnés ainsi que dans les mémoires soumis à la Conférence de Dubrovnik, on dispose de l'essentiel de la bibliographie en cette matière, sauf, ce qui est bien naturel, des études les plus récentes qui ne cessent d'être publiées à une cadence de plus en plus rapide ¹⁷.

V. Opportunité de la détermination des règles de droit régissant la matière

Il paraît superflu de nous arrêter à la question de savoir s'il est opportun de procéder à fixer les règles du droit international régissant l'utilisation des eaux internationales. On peut bien prétendre que cette question ne se pose pas, étant donné que l'Institut a déjà décidé de s'engager dans cette voie. Malgré cela et malgré la conviction personnelle de l'auteur de cet exposé que notre travail doit être entrepris et mener à une fixation des principes et règles régissant la matière, nous allons consacrer à cette question ¹ quelques considérations très brèves. Nous savons que certains reproches ont été faits à la Résolution de Madrid de 1911. Dans cette partie de notre travail nous n'en aborderons que quelques-uns ayant trait à la question posée. On peut adresser à un projet de Résolution éventuel trois objections: d'être prématuré, l'impossibilité d'une réglementation satisfaisante, ses conséquences négatives.

Quant à la première objection, elle est basée sur deux arguments: qu'en droit international positif il n'y a pas de règles concernant la matière et que, par conséquent, on ne peut pas les

¹⁷ Voir, p. e., l'étude de M. *Basdevant* sur l'usage domestique, agricole et industriel des eaux à la frontière des Pyrénées, parue dans le Recueil publié en l'honneur de M. Mestre: *L'évolution du droit public*, 1956. L'auteur de cet exposé n'a pas encore eu l'occasion de lire cette étude.

¹ V. Questionnaire, I.

formuler; ou bien que ces règles ne sont pas encore assez développées pour être fixées d'une façon définitive. Le premier argument est l'objet d'une autre question qui sera traitée un peu plus loin. Quant au deuxième argument, il se rapproche de celui qui est avancé pour soutenir la troisième objection.

La deuxième objection fait ressortir que les situations auxquelles les règles devraient être appliquées sont si diverses et variées qu'il est impossible de dégager une règle quelconque qui pourrait utilement servir. Smith s'exprime dans ce sens: « en réalité il n'y a pas de règle de droit qui puisse être appliquée sans discrimination à tous les litiges susceptibles de surgir. Chaque système fluvial doit être considéré séparément à la lumière de sa propre histoire et de ses conditions physiques ². » Cette diversité des conditions physiques (auxquelles il faudrait en ajouter d'autres, surtout les conditions d'ordre économique, financier et technique) est soulignée aussi par M. Berber pour prouver que des règles de droit régissant l'utilisation des eaux ne peuvent être conçues que dans le cadre régional ³. On peut bien répondre à ces arguments que toute réglementation doit tenir compte de la diversité des cas, et que, dans l'application des règles il y a toujours lieu de prendre en considération les facteurs spécifiques du cas. De plus, notre travail a justement pour tâche d'élucider les faits et circonstances afin de déterminer les règles appropriées pour chaque situation demandant un règlement spécial. Si multiformes qu'elles soient, ces situations pourront être soumises à certains principes généraux. D'ailleurs, en remplissant notre tâche, nous devons être conscient du fait que les règles que nous allons éventuellement fixer peuvent, dans la plus favorable des hypothèses, assurer

² *A. H. Smith*, op. cit., p. 87, traduction de *Sauser-Hall*, op. cit., p. 473. Dans le même sens *J. L. Brierly*, cité par *Sauser-Hall*, op. cit., p. 523.

³ *Berber*, op. cit., p. 114.

un arrangement équitable, mais que, pour atteindre l'utilisation la plus profitable des eaux que la nature met à la disposition de l'humanité, il sera très souvent nécessaire de recourir aux accords entre les parties intéressées sur l'aménagement des eaux et les modalités d'une coopération active.

La troisième objection que nous allons envisager prétend qu'une réglementation de notre matière pourrait avoir des effets négatifs en ce sens qu'elle entraverait un développement salubre du droit coutumier qui n'est que dans la première phase de son évolution⁴. M. Sauser-Hall en donne un exemple (la construction du Boulder Dam) où une application stricte des principes de la Résolution de Madrid de 1911 n'aurait pu donner une solution satisfaisante. Il fait aussi allusion aux possibilités d'un Etat d'insister sur ses droits reconnus par une règle formelle et de rendre ainsi impossible une solution équitable et pratique⁵. Notons cependant que notre éminent Confrère n'est nullement adversaire de notre tâche, qu'il s'est au contraire déclaré en faveur d'un tel travail⁶. Quant aux cas auxquels il fait allusion, il faut en tenir compte dans la formulation définitive des principes et règles de notre projet de Résolution.

VI. Existence des règles du droit international régissant l'utilisation des eaux

Est-ce que l'état actuel du droit international positif permet de dégager en formules précises des règles régissant l'utilisation des eaux qui intéressent plusieurs pays?¹ Une absence totale

⁴ En ce sens *Berber*, op. cit., p. 12.

⁵ *Sauser-Hall*, op. cit., pp. 474 et 528.

⁶ *Sauser-Hall*, op. cit., pp. 474 et 528.

¹ V. Questionnaire, V.

de telles règles est inconcevable, parce que, en l'absence de toute autre règle, il y a la règle qui permet de faire tout ce qui n'est pas interdit, c'est-à-dire une règle en faveur de la souveraineté territoriale absolue de chaque Etat qui, en conséquence, peut utiliser les eaux qui se trouvent dans son territoire sans aucun égard aux intérêts des autres pays. Dans cette hypothèse, il n'y aurait pas de limitation quelconque. C'est ce qu'a prétendu l'Attorney-General des Etats-Unis Harmon en 1895 dans son avis au sujet d'un différend sur l'utilisation des eaux du Rio Grande. Il constate que « les règles du droit international n'imposent aux Etats-Unis aucun devoir d'interdire à leurs habitants l'usage de l'eau de la partie du Rio Grande qui est entièrement située aux Etats-Unis, même si cet usage avait pour suite de réduire le volume d'eau dans le fleuve à l'aval du point où il cesse d'être entièrement dans le territoire des Etats-Unis. La supposition de l'existence d'un tel devoir est incompatible avec la juridiction souveraine des Etats-Unis sur le domaine national ». L'avis conclut que « les règles, principes et précédents du droit international n'imposent aux Etats-Unis aucune obligation ² ». Cette attitude a été maintenue par les Etats-Unis en 1906 lors de la conclusion d'un traité avec le Mexique sur l'utilisation des eaux du Rio Grande. L'article 5 de ce traité stipulait expressément que le fait d'avoir concédé au Mexique certaines quantités d'eau ne constituait pour les Etats-Unis aucun précédent et ne représentait nullement la reconnaissance d'un principe général ³.

² Moore, Digest, I, p. 654. Réfuté par Max Huber, Ein Beitrag zur Lehre von der Gebietshoheit an Grenzflüssen, Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht, I, 1907, pp. 204-205. V. dans le même sens les décisions des autorités administratives autrichienne et prussienne en 1913 et 1916: *Recueil des Cours*, 79, p. 88.

³ Hackworth, Digest, I, p. 584. Voir aussi l'opinion du State Department, cité par Berber, pp. 80-81.

D'autres exemples de l'attitude des Etats-Unis dans le même sens se trouvent indiqués dans Hyde et Berber ⁴.

Dans le même ordre d'idées on mentionne un accord plus récent, celui conclu le 1^{er} juillet 1926 entre le Portugal et l'Union Sud-Africaine au sujet de l'utilisation des eaux de la rivière Kunene ⁵. M. Berber renvoie à l'article 6 de cet accord où les concessions consenties par le Portugal seraient qualifiées comme ayant été faites « pour des raisons d'humanité ⁶ ». Et même dans un accord tout récent entre la Yougoslavie et l'Autriche, signé le 25 mai 1954 au sujet des eaux du fleuve Drava, les deux Etats ne reconnaissent pas, l'un envers l'autre, l'existence d'une responsabilité internationale encourue du fait de certains aménagements et installations.

Il y a beaucoup d'auteurs qui se rangent à l'avis qu'il n'y a pas de règles de droit international concernant l'utilisation des eaux internationales. M. Berber cite plusieurs auteurs en faveur de la liberté complète de l'Etat sur le territoire duquel se trouve le cours d'eau (Bousek, Schade, MacKay, Hyde, Fenwick, Briggs), bien que la liste des auteurs qui affirment le contraire soit de beaucoup plus longue ⁷.

M. Berber lui-même est un partisan convaincu de l'opinion qui nie l'existence de règles sur notre sujet, et tout son ouvrage est conçu en vue de cette démonstration. M. Stainov, dans son ouvrage déjà mentionné, a essayé à démontrer que les Etats sont entièrement libres de disposer des eaux sur leur territoire. L'auteur prend l'idée de la souveraineté comme point de départ

⁴ Hyde, *International Law*, I, pp. 565 et ss.; Berber, *op. cit.*, pp. 82 et ss.

⁵ *Recueil des traités*, 70, pp. 315 et ss.

⁶ En fait, les « raisons d'humanité » ne sont pas mentionnées à l'article 6, mais dans le préambule de l'accord. V. plus loin, à la note 13 et chap. VIII, 4, a.

⁷ Berber, *op. cit.*, pp. 16 et ss.

et conclut que l'Etat en amont « peut à sa guise disposer de l'eau, entreprendre des travaux sur la rivière, détourner l'eau par des barrages ou canaux, entreprendre des productions d'électricité ou irrigations, suivant les plans établis unilatéralement, sans être obligé de demander l'autorisation ou prendre l'avis de l'Etat en aval ». Il dit qu'on doit « tenir compte du fait que tous les Etats à travers lesquels le ruisseau ou la rivière passe ont des intérêts co-réciproques, mais il ne faut pas oublier qu'en même temps chaque Etat dépend de sa position géophysique; comme il profite des avantages, ainsi il supporte les inconvénients de sa position par rapport à la rivière ⁸ ».

En combattant certaines déductions des auteurs qui sont de l'avis contraire au sien, M. Berber affirme que les règles exposées par ces auteurs ne sont nullement des règles de droit positif. Un adversaire très énergique de l'existence de règles générales sur l'utilisation des eaux est M. Sikri dans son mémoire précité soumis à la Conférence de Dubrovnik de l'International Law Association.

M. Berber ne concède que l'existence d'une seule règle, découlant des conventions entre Etats européens (et limitée à ceux-ci), d'après laquelle une altération d'un cours d'eau comportant un dommage notable pour un autre Etat ne saurait être exécutée sans consentement préalable de cet Etat. En dehors de cette règle de caractère régional, M. Berber n'admet l'existence d'aucune autre règle ⁹.

L'avis de l'auteur de cet exposé est opposé aux vues qui viennent d'être évoquées. Il l'a démontré dans son cours sur les relations internationales de voisinage en 1951. En ceci, il

⁸ *Stainov*, Jazoviri i stroeži na neplavatelni reki koito minavat prez njakolko teritorii, p. 67 du résumé français.

⁹ *Berber*, op. cit., pp. 114-115. M. *Berber* admet pourtant aussi l'interdiction de la chicane. Ibid., pp. 148 et 150.

partage l'opinion de la plupart des auteurs modernes. Une longue liste de ceux-ci est admise même par M. Berber. La tâche de cet exposé étant de provoquer un échange de vues entre les membres de la neuvième Commission, l'exposé ne donnera que quelques arguments en faveur de la thèse de son auteur ¹⁰.

La réponse à la question de l'existence, en droit international, des règles limitatives de la souveraineté des Etats en matière d'utilisation des eaux dépend des idées générales que chacun a sur certaines questions fondamentales de la théorie du droit international, notamment sur la formation du droit coutumier, sur les preuves de son existence, sur la méthode par laquelle on constate l'existence et le contenu d'une règle, sur la portée et la signification des formules qu'on trouve dans les textes des traités et dans la correspondance diplomatique, etc. L'auteur de cet exposé rejette le point de vue volontariste de M. Berber qui affirme que le droit coutumier repose sur une acceptation explicite de chacun des Etats des règles auxquelles elle se rapporte. « Les Etats, dit-il, ne sont obligés par une règle du droit coutumier que dans la mesure dans laquelle leur propre pratique laisse entrevoir leur volonté d'être liés par la règle du droit. » D'après M. Berber, une coutume pratiquée par d'autres Etats, même si elle est considérée par ceux-là comme étant du droit coutumier, ne lie pas un Etat donné s'il ne participe pas à cette pratique, et même dans ce cas-là il faut qu'il ait la volonté de s'obliger en droit ¹¹.

Quant aux arguments invoqués par les adversaires que nous venons de citer, on peut, en premier lieu, constater un revirement dans l'attitude des Etats-Unis. Tout d'abord, par la con-

¹⁰ Pour certains détails, v. les arguments de M. *Laylin* et autres réfutant, point par point, ceux de M. *Sikri*.

¹¹ *Berber*, op. cit., p. 37.

clusion de certains traités avec le Canada et le Mexique, ils ont fait des concessions qui allaient loin au delà de la position prise par l'Attorney-General Harmon en 1895. Par un traité du 3 février 1944, les Etats-Unis ont reconnu au Mexique l'utilisation d'une large part des eaux des fleuves Colorado, Tijuana, et Rio Grande. En plaidant pour l'approbation de ce traité devant le comité des Affaires étrangères du Sénat, le secrétaire d'Etat adjoint à l'époque, M. Stettinius, a déclaré qu'il y a certaines obligations entre Etats en ce qui concerne les fleuves internationaux, et les autres fonctionnaires du State Department ont été plus explicites à cette occasion mais dans un sens opposé à la doctrine Harmon ¹². Sur ce sujet, un expert juriconsulte a constaté *a)* l'existence d'une pratique entre Etats consacrée par des traités, dont quelques-uns conclus par les Etats-Unis, qui prévoient un partage équitable des eaux des fleuves internationaux, *b)* certaines décisions des cours des Etats-Unis qui ont, dans les rapports entre les Etats de l'Union, rejeté la doctrine Harmon, *c)* l'opposition des autorités de la théorie du droit international à cette doctrine, *d)* l'arbitrage dans l'affaire de la fonderie de Trail qui sera encore mentionné au cours de cet exposé.

Nous avons cité un accord entre le Portugal et l'Union Sud-Africaine qu'on invoque en faveur de la thèse opposée ¹³. En lisant plus attentivement le préambule de cet accord où se trouve la formule « raisons d'humanité », ainsi que le dispositif de l'accord, on peut arriver à mieux comprendre la formule et sa portée. Dans cet accord, il ne s'agissait pas d'une recon-

¹² V. les citations de *Sikri Comments*, p. 11, et *Laylin Comments*, pp. 7 et 8, renvoyant aux *Hearings before the Committee on Foreign Relations on Treaty with Mexico Relating to the Utilization of the Waters of Certain Rivers*, 79th Congress, 1st Session, Part I, 19, et Part 5, at 1751 and 1762. Voyez aussi *Observations on Sikri Comments*, pp. 35 et 36.

¹³ *Recueil des traités*, 70.

naissance pure et simple des droits réciproques en ce qui concerne l'utilisation des eaux, mais de concessions de travaux en faveur de l'une des parties contractantes sur le territoire de l'autre partie et de l'établissement d'une servitude de longue durée. Par ailleurs, on peut lire, dans le préambule, la phrase suivante: « Considérant que le Gouvernement de l'Union Sud-Africaine peut être désireux d'utiliser *sa part des eaux* en vue d'installations de forces hydrauliques ». Un des buts de l'accord a été de porter remède à la situation créée par l'ensablement des débouchés de certains canaux naturels qui, auparavant, assuraient des inondations périodiques bienfaisantes au territoire voisin. Il s'agissait donc de reconstituer, par des travaux, l'état naturel antérieur qui avait, depuis, changé au préjudice de l'une des parties contractantes. Une autre phrase du préambule contient la déclaration du Portugal de vouloir concéder à l'autre partie le droit de construire et d'utiliser des installations en territoire portugais « tout en conservant intacts ses droits souverains ». L'article 2 dispose, entre autres, que la partie qui construira les installations prévues à ses frais aura le droit d'utiliser la totalité des eaux, mais que l'autre partie a la faculté d'entrer dans la participation de la jouissance, après préavis de dix ans, en payant la moitié des frais de construction. Par conséquent, on voit que cet accord peut être interprété aussi dans un sens contraire à celui que les auteurs précédemment cités ont voulu lui attribuer.

Un autre exemple en faveur de notre thèse est fourni par l'accord entre la Yougoslavie et l'Autriche, conclu en 1954 au sujet du fleuve Drava. Là, les deux Etats maintiennent leurs points de vue aussi bien dans le sens négatif que dans le sens positif. On y lit notamment à l'article 3 que chacune des deux parties affirme qu'elle a envers l'autre partie un droit aux dommages-intérêts du fait d'un agissement de cette autre partie. Des dommages-intérêts ne peuvent être demandés qu'à

titre de violation d'une obligation internationale. Or, une telle obligation n'existant pas en vertu d'une stipulation conventionnelle, il ne peut s'agir que d'une violation d'une règle du droit coutumier. Il est tout naturel que chacune des parties dénie sa responsabilité et aussi éventuellement l'existence de la règle invoquée par l'autre partie ou au moins l'applicabilité de cette règle au cas d'espèce. Mais ce qui est important c'est le fait que les deux parties soient unanimes à affirmer qu'il y a, en droit international, des règles qui interdisent à chaque Etat de faire en son territoire tout ce qu'il lui convient en ce qui concerne un cours d'eau intéressant un autre Etat, et qui déclarent cet Etat responsable des dommages ainsi causés à l'autre Etat.

Voici donc déjà quelques arguments en faveur de l'existence des règles du droit international régissant l'utilisation des eaux internationales. Continuant l'examen des textes des conventions internationales, nous allons citer la convention de Karlstad, conclue le 26 octobre 1905 entre la Suède et la Norvège dont l'article 2 déclare : « Conformément aux principes généraux du droit international, il est entendu que les travaux mentionnés à l'article 1 ne pourront être exécutés dans l'un des Etats sans le consentement de l'autre, chaque fois que ces travaux en influençant les eaux de l'autre Etat auraient pour effet, soit de mettre des entraves sensibles à l'utilisation des cours d'eau pour la navigation ou le flottage, soit d'apporter autrement des changements sérieux aux eaux d'une région d'étendue considérable ¹⁴ ».

En cherchant dans la jurisprudence, on s'aperçoit que les tribunaux internationaux ont eu peu d'occasions de s'occuper des questions de l'utilisation des eaux en dehors de la navigation.

¹⁴ *Martens*, N. R. G., III, 1, p. 44. V. d'autres exemples dans *Observations on Sikri Comments*, p. 7, note.

Le cas le plus connu et le plus proche de notre matière est l'affaire des prises d'eau à la Meuse qui a fait l'objet d'un procès devant la Cour permanente de Justice internationale. Mais dans ce cas, il s'agissait de l'interprétation des traités existant entre les deux parties au différend, et la Cour n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur les questions qui nous intéressent. Une autre question, celle relative à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, tranchée aussi par la Cour, a eu aussi le même caractère interprétatif des obligations conventionnelles. Pourtant, on y trouve une sentence au sujet de l'étendue du système fluvial soumis au régime particulier du cas d'espèce¹⁵. Par contre, nous avons une série de décisions de la Cour suprême des Etats-Unis dans des affaires entre les différents Etats de l'Union au sujet de l'utilisation des eaux intéressant deux ou plusieurs de ces Etats. Dans ces décisions, la Cour suprême applique aux différends entre les Etats membres d'une fédération les principes et règles du droit international. Dans son arrêt dans l'affaire *Kansas v. Colorado*, la Cour s'exprime ainsi: « Nor is our jurisdiction ousted, even if, because Kansas and Colorado are States sovereign and independent in local matters, the relations between them depend in any respect upon principles of international law. International Law is no alien in this Tribunal¹⁶ ». La même attitude en ce qui concerne l'application du droit international se retrouve dans les arrêts *New Jersey v. Delaware* et *Wyoming v. Colorado*¹⁷. La décision du tribunal arbitral dans l'affaire de la fonderie de Trail adopte la thèse que les différentes décisions de la Cour suprême des Etats-Unis, rendues dans les différends entre les Etats membres de l'Union, ont appliqué

¹⁵ *C.P.J.I.*, Série A, 23, pp. 27-28; *Hambro*, La jurisprudence de la Cour Internationale, No. 150.

¹⁶ 206 U.S. 46 (1907).

¹⁷ 291 U.S. 361 (1934), 286 U.S. 494 (1932).

le droit international et en déduit des conclusions quant à l'existence de règles du droit de voisinage qu'elle applique au cas sans précédent qui était débattu devant ce tribunal et qui avait trait à la pollution de l'air.

Un autre cas de jurisprudence qui nous paraît important s'est aussi présenté entre Etats membres d'une fédération. C'est le cas bien connu de la *Donauversinkung*. Dans cette affaire, la Haute Cour allemande fonde sa décision sur des considérants du droit international. La Cour constate que le différend porte sur un conflit d'intérêts entre deux unités réciproquement indépendantes du Reich allemand. Ce conflit ne peut pas être réglé d'après la législation de l'une ou de l'autre des parties. A défaut de lois fédérales applicables, il faut avoir recours au droit international. « Il faut reconnaître l'applicabilité de ce droit aux rapports entre les pays allemands, quoique dans une mesure limitée. » « Autant que ces pays sont autorisés à agir comme des Etats indépendants... leurs rapports mutuels sont régis par le droit international. » Sur la base de ces considérants, la Cour a recherché quelles étaient les règles du droit international qui pouvaient être appliquées au cas d'espèce et elle conclut : « Dans l'utilisation d'un cours d'eau commun sur son territoire, tout Etat est limité par un principe fondé sur la communauté internationale qu'il ne doit pas léser un autre membre de cette communauté ¹⁸ ».

Certains auteurs s'inscrivent contre l'opinion que les décisions des cours fédérales en matière de conflits entre les membres d'une fédération puissent être invoquées comme preuve de l'existence de règles du droit international. Il suffit de renvoyer aux pages très documentées de l'ouvrage récent de M. Berber ¹⁹.

¹⁸ V. *Andrassy, Recueil des Cours*, 79, pp. 90 et s., avec renvois au texte de la décision.

¹⁹ *Berber, op. cit.*, pp. 123-132.

Le rapporteur de la neuvième Commission se range à l'avis contraire. Il croit que la majorité de la Commission et la grande majorité des membres de l'Institut admettent que les décisions des tribunaux internes peuvent être une source pour la connaissance du contenu du droit international. Sans entrer dans les détails d'une discussion sur le sujet ²⁰, on peut dire que le droit international coutumier se forme à travers des phénomènes multiples et très variés. La sentence judiciaire constatant ou appliquant une règle du droit international coutumier est une des formes couramment reconnues, et on ne peut y faire objection, surtout dans des cas où elle a trait à des rapports qui sont identiques ou presque identiques aux rapports inter-étatiques.

VII. Une question de principe

Le rapporteur de la neuvième Commission ne croit pas que, dans le cadre de l'étude à entreprendre, il soit nécessaire de s'occuper de la question doctrinale quant au fondement des règles régissant l'utilisation des cours d'eau. Il ne s'agit pas d'une étude doctrinale, mais d'un travail tendant à présenter à l'Institut de Droit international un projet de Résolution contenant des règles concrètes sur la matière, soit *de jure condito*, soit *de jure condendo*. Dans ce travail, il ne sera fait mention des constructions doctrinales que pour compléter la revue des problèmes qui ont été abordés par certains auteurs. Pourtant, si les membres de la Commission étaient d'un autre avis, le rapporteur serait disposé à approfondir également, dans son rapport, la question du fondement doctrinal des règles du droit international fluvial.

²⁰ V. *Cowles*, *International Law as Applied between Subdivisions of Federations*, R. C., 74; *Decleva*, *op. cit.*, pp. 32 et ss.; *Schindler*, *The Administration of Justice in the Swiss Federal Court in International Disputes*, AJIL, 1921, pp. 149 et ss.

En termes plus généraux, on peut réduire le problème posé à la question de savoir si toute réglementation internationale de l'utilisation des cours d'eau n'est pas contraire à la souveraineté territoriale des Etats. En invoquant ce principe, on prétend que l'Etat est autorisé à disposer de son domaine fluvial et de la totalité des eaux qui se trouvent dans son territoire sans se soucier des conséquences que l'exercice de son droit pourrait avoir pour les autres riverains du même cours d'eau ou du même système fluvial. M. Berber donne une liste d'auteurs qui sont partisans de cette doctrine. On peut en ajouter d'autres, et notamment, parmi les plus récents, Stainov, qui formule ladite doctrine en termes très énergiques¹. On peut aussi rappeler les différentes énonciations des gouvernements à l'occasion de leurs différends au sujet de l'utilisation des eaux².

Mais, c'est déjà M. Max Huber qui, dans son premier travail sur notre sujet, oppose au principe de souveraineté territoriale un autre principe, celui de l'intégrité territoriale. Tout Etat a le droit au respect de l'intégrité de son territoire. L'Etat dispose, en principe, librement de son territoire et y exerce exclusivement son pouvoir ; toutefois, il n'a pas le droit d'exercer une influence sur le territoire d'un autre Etat ni l'obligation de tolérer une influence étrangère³. Cette idée, adoptée par plusieurs auteurs, est reprise par M. Thalmann qui la développe en introduisant la notion d'immixtions matérielles⁴.

L'unité naturelle d'un cours d'eau ou d'un système fluvial a amené certains auteurs à parler de la communauté d'intérêts comme fondement des règles régissant l'utilisation des cours d'eau. C'est, d'après v. Bar, une « sorte d'interdépendance

¹ *Stainov, Jazoviri...*, p. 67-68 du résumé français.

² *Recueil des Cours*, 79, p. 102-103.

³ *Max Huber, Beitrag...*, p. 163.

⁴ *Thalmann, op. cit.*, notamment pp. 114 et ss.

créée par la nature » et c'est cette interdépendance qui est invoquée dans l'exposé des motifs qui précède la Résolution de Madrid de 1911. La communauté d'intérêts formée par les Etats riverains d'un fleuve est aussi rappelée dans l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale sur la juridiction de la Commission de l'Oder ⁵.

L'auteur de cet exposé s'est occupé de cette question dans son cours de La Haye, et il est enclin à chercher un dénominateur commun dans le droit de voisinage ⁶. Le droit de voisinage est évoqué par nombre d'auteurs ⁷, et c'est notamment M. Sauser-Hall qui lui a voué une attention spéciale ⁸. Le droit de voisinage est à la base de l'ouvrage de grand mérite que l'on doit à M. Thalmann.

VIII. Principes et règles à dégager

En se basant sur ce qui vient d'être dit dans les parties précédentes de cet exposé, il convient de déterminer, à titre provisoire, quelques principes et règles générales qui devraient figurer dans le projet de Résolution qui constituera le résultat des travaux de la Commission. Nous disons « à titre provisoire », les conclusions de cet exposé préliminaire n'étant que des suggestions du rapporteur qui tâchera, dans l'étape suivante de notre procédure, de reproduire l'opinion commune des membres de la Commission.

⁵ *Publications de la Cour*, Série A, 23, p. 27. Voir pour les autres cas de jurisprudence et opinions des auteurs: *Recueil des Cours*, 79, p. 104 et s.

⁶ *Recueil des Cours*, 79.

⁷ Voyez déjà *v. Bar et Strisower*, *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1911, vol. 24, pp. 351 et 355; *Max Huber*, *Fragen des internationalen Wasserrechts*, p. 29. Une série d'auteurs est nommée par *Berber*, *op. cit.*, p. 23 et ss.

⁸ *Recueil des Cours*, 83, pp. 554, 557, 562, 581 et 582.

1. Il nous faut, tout d'abord, trouver le point de départ, c'est-à-dire un principe ou une règle générale qui pourra servir de base aux autres conclusions. A première vue, il paraît qu'on peut facilement tomber d'accord sur un principe fondamental régissant l'utilisation des eaux. C'est l'interdiction de tout changement apporté à un cours d'eau qui aurait comme résultat un dommage considérable pour le territoire d'un autre Etat. Cette règle est adoptée par la Résolution de Madrid de 1911, par la doctrine, par la jurisprudence et par la pratique conventionnelle des Etats. Même les auteurs qui sont enclins à nier l'existence de toute règle de droit international concernant l'utilisation des eaux admettent ladite règle dans une certaine mesure, soit comme règle régionale (Berber), soit comme règle exceptionnelle pour des cas spéciaux.

Toutefois, il faut se souvenir de ce qui a été dit au sujet des objections adressées à la Résolution de 1911. Il me semble que ces objections sont en partie justifiées. En débutant par une règle générale limitative et en laissant libre cours à l'application de telle règle limitative, on arrive facilement à des conséquences indésirables. L'Etat qui prétend qu'une utilisation des eaux, proposée ou mise en œuvre, lui est préjudiciable pourrait exercer son droit d'opposition de manière à empêcher son voisin de retirer la totalité des bénéfices possibles de l'utilisation des eaux qui passent à travers son territoire ou le bordent. C'est pour cette raison qu'il faut rechercher un autre point de départ. Il est d'ailleurs facile à trouver, puisqu'il se trouve, pour ainsi dire, inclu dans celui qui figure à la tête de la Résolution de Madrid. Nos Confrères de cette époque ont donné des règles limitatives en ce qui concerne un principe général et nullement contesté qui est celui de la souveraineté territoriale. Ce principe est expressément mentionné et mis à la tête des règles de la Convention de Genève de 1923 : « La présente Convention ne modifie en aucune manière la liberté pour tout Etat, dans

le cadre du droit international, d'exécuter sur son territoire tous travaux d'aménagement de forces hydrauliques qu'il désire » (art. premier). Il paraît qu'un tel point de départ servirait à éviter les inconvénients qui pourraient résulter de l'adoption de la règle limitative susmentionnée en tant que règle de fond. A l'heure présente, on peut bien rappeler une autre formule proclamée récemment au sein des Nations Unies. C'est la Résolution de l'Assemblée générale 626/VII qui dit, entre autres, que le droit des peuples d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses et ressources naturelles est inhérent à leur souveraineté et se trouve être en concordance avec les buts et principes de la Charte. On peut en déduire que tout Etat a le droit de disposer des richesses naturelles de son territoire — et parmi celles-ci les ressources hydrauliques ont une place importante— jusqu'au maximum possible de leur utilisation. En adoptant ce point de départ, on paralyse les effets indésirables des règles limitatives qui, pourtant, s'imposent. Les règles limitant le libre exercice de la souveraineté territoriale et du droit de disposer des richesses et ressources naturelles du pays ne doivent jamais être conçues, ni appliquées de façon à empêcher l'utilisation maxima des richesses naturelles. L'interdépendance entre Etats qui se traduit par des règles limitatives et négatives reçoit de cette façon aussi son expression positive et constructive : l'utilisation maxima de la part de tous assure le maximum d'utilisation à l'avantage de l'humanité entière (paragraphe VIII de la Résolution de Dubrovnik ¹).

En reconnaissant à tout Etat le droit d'utilisation maxima des ressources en eau de son territoire, on met en opposition les Etats intéressés au même système fluvial dans tous les cas

¹ Cette manière de voir cadre bien avec les efforts contemporains entrepris pour assurer les besoins grandissants de l'humanité en face des ressources naturelles limitées, efforts auxquels nous devons diverses études et projets (voir ci-dessus, chap. IV).

où l'utilisation d'un côté diminue les possibilités d'utilisation maxima de l'autre côté. La règle positive que nous proposons de mettre en tête de notre projet comporte de ce fait une face négative : le droit reconnu à un Etat est *ispo facto* limité par le droit correspondant de tous les autres riverains.

En conclusion, il paraît recommandable de mettre, dans notre projet de Résolution, à la première place, la règle que tout Etat a le droit d'utiliser jusqu'au maximum possible les eaux qui traversent ou bordent son territoire, en respectant toutefois le droit correspondant des Etats intéressés au même cours d'eau ou système fluvial et sous réserve des limitations imposées par le droit international en général et de celles contenues dans les articles suivants de la Résolution elle-même ².

2. Ce n'est qu'après avoir constaté le principe fondamental que nous venons d'exposer qu'il est possible d'y ajouter la règle interdisant des changements préjudiciables aux autres riverains intéressés. A titre provisoire, je propose une formule très générale couvrant tous les cas dont résultent des dommages considérables au préjudice d'un autre Etat intéressé ³. Notamment, le terme « changement » doit être compris de la façon la plus large : il comprend tout changement dommageable, soit en ce qui concerne le volume ou la qualité des eaux, dérivations, changements de niveau, altérations dans la cadence du débit, pollutions, etc. D'autre part, l'interdiction de changement couvre les faits et omissions des autorités et entreprises publiques aussi bien que les faits et omissions des particuliers que l'autorité publique aurait dû ou pu empêcher ou contrecarrer.

L'interdiction ne vise que les changements dommageables. Le dommage doit être d'une certaine importance. Je me

² Voir Questionnaire, VIII, 1.

³ Voir Questionnaire, VIII, 2.

permets de renvoyer aux arguments cités par M. Sauser-Hall et moi-même dans nos cours respectifs de La Haye⁴. Il me semble qu'entre les divers qualificatifs employés dans les textes et par les auteurs (sérieux, grave, important, notable, sensible), il convient de choisir celui de « considérable ».

La formule de l'Institut de 1911 contient une interdiction (« ne peut... apporter »), tandis que la formule adoptée par l'International Law Association à la Conférence de Dubrovnik en 1956 évite une interdiction directe en disposant que l'Etat ayant causé un changement dommageable est responsable envers l'autre riverain. La formule de l'Institut me paraît plus appropriée. La formule de Dubrovnik serait préférable pour quiconque veut montrer plus d'égard au principe de la souveraineté territoriale.

3. La Résolution de Madrid et la Déclaration de Montevideo disposent que pour toute altération portant préjudice à un autre riverain il faut obtenir l'assentiment de ce dernier. M. Sauser-Hall donne quelques exemples de la pratique conventionnelle des Etats dans le même sens et constate que « le principe de la nécessité du consentement des Etats limitrophes au détournement des eaux d'un fleuve contigu y a donc reçu une pleine application⁵ ». Il s'agit donc de savoir si et de quelle manière il faut introduire dans notre projet de Résolution ce principe, soit qu'on le considère déjà comme acquis *de jure condito* ou comme nécessaire *de jure condendo*. En attendant sur ce point, les observations des membres de la Commission à la question IX du questionnaire, je ne propose aucune formule déterminée, formule qui, d'ailleurs, devra tenir compte aussi des observations aux quatre points de la question VIII. Je me permets d'attirer l'attention des membres de la Commission aussi

⁴ *Recueil des Cours*, p. 90 et ss., 111-112 ; *Recueil des Cours*, 83, p. 543.

⁵ *Sauser-Hall*, op. cit., p. 562 ; voir *ibidem*, p. 564.

sur une solution différente figurant au paragraphe VI de la Résolution de Dubrovnik, tout en constatant que cette solution est en connexité avec le caractère de l'ensemble de ladite Résolution comme il a été décrit au chapitre IV de cet exposé.

4. Nous avons déjà constaté qu'en examinant de plus près la règle générale ci-dessus sous N° 2, on s'aperçoit que son application pure et simple rencontre, dans certains cas, de sérieuses objections. Il faut penser à l'hypothèse où les Etats riverains ont des intérêts opposés de telle façon qu'en satisfaisant les besoins de l'un d'entre eux on diminue ou exclut la possibilité de satisfaire les besoins de l'autre. Dans la plupart de ces cas, en appliquant la règle susdite, l'Etat d'amont se verrait frustré des bénéfices d'utilisation d'un cours d'eau qui traverse ou borde son territoire, tandis que celui d'aval pourrait utiliser le même cours d'eau sans aucune limitation. Pensons au cas qui s'est présenté assez souvent dans la pratique récente où deux Etats ont besoin des eaux d'un cours d'eau ou d'un système fluvial aux fins d'irrigation⁶. Une solution conforme à la règle qui interdit tout changement de l'état naturel ou existant, c'est-à-dire toute diminution du volume des eaux, serait dans ce cas absolument inacceptable. On ne peut pas dénier à un Etat riverain toute utilisation d'un cours d'eau pour la seule raison que cette utilisation cause un dommage considérable à l'autre riverain en diminuant sensiblement la possibilité d'utilisation de sa part. Il en résulterait une inégalité de fait qui est incompatible avec toute idée de justice et d'équité. Ce cas est bien illustré par l'affaire *Kansas v. Colorado*, et la Cour suprême des Etats-Unis a très justement

⁶ Voyez aussi un cas d'opposition d'intérêts entre irrigation (Etat d'amont) et navigation (Etat d'aval) concernant le fleuve Murray en Australie. *H. A. Smith*, op. cit., pp. 63-68 ; *Sauser-Hall*, op. cit., pp. 521-522.

observé qu'une opposition de l'Etat d'aval à toute utilisation de la part de l'Etat d'amont était insoutenable⁷. Il faut parer à de tels inconvénients en ayant recours d'une part au principe fondamental exposé sous le N° 1 de ce chapitre, d'autre part à des règles supplémentaires qu'il faut introduire dans notre projet pour servir de correctif à la règle du N° 2. A cet effet, deux voies sont possibles: appliquer le principe de l'égalité des droits ou celui du partage équitable. Les deux principes peuvent être conçus comme opposés, mais ils peuvent aussi être considérés comme complémentaires.

a) Le principe de l'égalité des droits peut se résumer ainsi: Les Etats riverains d'un cours d'eau ont un droit égal à utiliser les eaux de ce cours pour satisfaire leurs besoins. La règle est largement reconnue, et il ne s'agit que de la traduire en l'appliquant. Très souvent, on conçoit l'égalité des droits comme une égalité arithmétique assignant aux Etats riverains des quote-parts des eaux disponibles. En premier lieu, on applique souvent la méthode de partage par moitiés. En 1911, Meurer a proposé la règle de partage par moitiés pour les fleuves formant frontière et l'égalité absolue pour les fleuves traversant plusieurs Etats, ce qui aurait pour effet que, en cas d'inégalité, le maintien du statu quo ne pourrait être demandé. V. Bar a rejeté cette proposition, puisqu'elle mettait un Etat avec un vaste territoire sur un pied d'inégalité envers un voisin dont le territoire serait moins étendu, tandis que la seconde partie de la proposition de Meurer négligeait les usages antérieurs⁸.

Plusieurs accords adoptent le partage égal des quantités d'eau ou de l'énergie produite. Tel est le cas du Traité de Versailles qui donne à l'Allemagne le droit à la moitié de la

⁷ 206, U. S., 46, cité par *Sauser-Hall*, op. cit., p. 508 ; voir aussi *Connecticut v. Massachusetts*, 282, U. S., 550.

⁸ *Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1911, vol. 24, pp. 172-173.

valeur ou de la quantité effective de l'énergie produite par la France en vertu de son droit d'exploitation exclusive des eaux du Rhin (art. 358). La même solution du partage par moitiés se trouve dans le traité austro-tchécoslovaque du 12 décembre 1928⁹ et dans les concessions suisses et badoises concernant l'usine de Recklingen¹⁰. Parmi les autres accords on peut de nouveau citer celui sur la rivière Kunene. Cet accord prévoit des constructions à entreprendre en vue de l'utilisation de la rivière, soit par l'une des parties contractantes, soit conjointement. Dans le premier cas, la partie qui aura entrepris la construction à ses frais aura le droit d'utiliser la totalité des eaux, mais l'autre partie contractante pourra, à n'importe quel moment, en donnant dix années de préavis et en payant la moitié des frais de construction, acquérir le droit de prendre part à l'entreprise jusqu'à concurrence de la moitié des eaux de la rivière (art. 2). L'art. 6 du même accord prévoit aussi un partage par moitiés en ce qui concerne les eaux du trop-plein de la rivière Kunene. Le Tribunal fédéral suisse a aussi adopté la règle du partage égal dans une décision de 1897¹¹.

Une telle solution n'est soutenable que dans certains cas, tandis qu'elle sera inacceptable dans beaucoup d'autres. L'égalité des droits ne signifie nullement qu'il faut procéder à un partage en quantités égales entre les riverains intéressés. Pourtant, il semble qu'une autre mesure convenable fasse défaut. La longueur des rives, la superficie des territoires, la proportion en quantités d'eau provenant des territoires des différents Etats intéressés, rien de cela ne peut servir de base satisfaisante. D'ailleurs, aucune de ces méthodes de calcul n'est consacrée par le droit international.

⁹ *Recueil des traités*, 108, art. 28.

¹⁰ *Sauser-Hall*, op. cit., p. 576.

¹¹ *Sauser-Hall*, op. cit., p. 504.

b) Le principe du partage équitable peut se présenter soit comme un correctif de la règle rigide de l'égalité des droits, soit comme une règle complémentaire de celle-ci. Ce principe se trouve à la base de plusieurs décisions de tribunaux des Etats-Unis¹². Le comité chargé de l'étude de l'utilisation des eaux de l'Indus (Anderson Committee 1935) l'exprime de la manière suivante: « that in allocating water the greatest good to the greatest number must be sought without reference to political boundaries¹³ ». La Résolution de l'International Law Association adoptée à Dubrovnik en 1956 dit qu'il faut « mesurer l'avantage pour un Etat résultant d'un emploi spécial d'eau avec le préjudice en résultant pour l'autre ». Les rédacteurs de cette Résolution ont cru devoir compléter cette règle par des règles complémentaires en disant : « Dans ce but, les éléments suivants seront, entre autres, pris en considération: a) le droit pour chacun à un usage raisonnable de l'eau, b) la mesure dans laquelle chacun des Etats dépend des eaux de ce fleuve, c) la proportion des avantages sociaux et économiques échéant à chacun et à la communauté fluviale entière, d) les accords préexistants entre les Etats respectifs, e) la préexistence d'appropriation des eaux de la part d'un Etat. »

Dans cette formule, il faut distinguer les règles sous lettres a), b) et c) et celles sous lettres d) et e). Ces dernières expriment des principes reconnus de droit international : respect des engagements conventionnels et des droits acquis. L'insertion de ces règles dans le contexte de l'article V de la Résolution de

¹² *Kansas v. Colorado*, 206 U. S. 46. *H. A. Smith*, op. cit., pp. 60-63 et 106-112. — Comp. la décision dans l'affaire *Colorado v. Kansas*, *AJIL*, 1944, pp. 485-495, qui cite des précédents et affirme à nouveau que le voisin d'amont ne doit pas priver le voisin d'aval d'un usage similaire ou de valeur égale. Voir aussi *Berber*, op. cit., pp. 127 et 177.

¹³ Report of the Indus (Anderson) Committee, I, p. 23, cité par *Qadir*, op. cit., p. 10.

Dubrovnik se comprend par la circonstance que cet article vise non seulement le règlement des conflits par la voie juridictionnelle, mais aussi une réglementation par nouvel accord entre parties. En procédant à un accord nouveau, les parties peuvent prendre en considération un accord préalable, mais elles sont libres de passer outre, si cela est nécessaire pour arriver à une solution équitable. Au contraire, le jurisconsulte et le juge international sont tenus de respecter un traité antérieur valable dans toute sa portée. Les règles générales que nous tâchons de formuler dans le projet de Résolution que nous proposerons à l'acceptation de l'Institut ne sont que du droit dispositif, et les parties sont toujours libres d'adopter une solution différente par le moyen des stipulations conventionnelles. En conséquence, dans notre travail, il n'est pas nécessaire de mentionner spécialement cette liberté d'arrangements conventionnels. Quant à la règle des droits acquis, nous allons l'examiner un peu plus loin. Il ne nous reste plus qu'à prendre en considération les règles des lettres *a*), *b*) et *c*). Celles-ci peuvent être envisagées comme éléments d'appréciation pour une solution sur la base de l'équité.

A mon avis, les trois règles peuvent bien être réduites à un seul principe qui me semble, en cas de conflit d'intérêts incompatibles, le seul acceptable: la proportion des besoins. Mais le rappel de ce principe peut être aisément combiné avec la notion de l'égalité des droits. Par ce moyen, on arrive à la réconciliation des principes de l'égalité des droits et du partage équitable, en comprenant l'égalité des droits comme assurant l'égalité des bénéfices et non comme une égalité arithmétique. En conclusion, je crois devoir poser aux membres de la Commission la question de savoir si la seconde règle, complémentaire de la première, ne pourrait être conçue de la façon suivante:

« Toutefois, un Etat riverain ne peut pas s'opposer à ce qu'un autre Etat riverain intéressé retire, par l'utilisation d'un cours

d'eau commun, des avantages sur une base d'égalité des droits. L'égalité des droits doit être comprise en ce sens que tous les riverains d'un cours d'eau ont un droit égal à utiliser les eaux de ce cours en proportion de leurs besoins ¹⁴. »

5. Il y a encore une autre méthode pour régler les conflits d'intérêts provenant du fait que les utilisations des eaux de la part de deux ou plusieurs Etats riverains sont opposées ou incompatibles. On peut concevoir une règle établissant un ordre de priorité entre les différents modes d'utilisation. L'exemple d'un tel règlement se trouve dans les traités que les Etats-Unis ont conclus avec la Grande-Bretagne (Canada) et le Mexique le 11 janvier 1909 et le 3 février 1944 respectivement ¹⁵. Le second de ces traités connaît l'ordre de priorité suivant : 1^o Usages domestiques et municipaux, 2^o Agriculture et élevage, 3^o Energie électrique, 4^o Autres usages industriels, 5^o Navigation, 6^o Pêche et chasse, 7^o Tous autres usages que la commission mixte (prévue par le traité) pourra juger utiles (art. 3). La commission Rau (pour les eaux de l'Indus) a proposé l'ordre de priorité suivant : 1^o Usages domestiques et sanitaires, 2^o Navigation, 3^o Production de l'énergie et irrigation. Mais la commission ajoute l'observation que l'ordre de priorité entre différents usages dépend des circonstances spéciales de chaque cours d'eau et que, même pour un seul cours d'eau, deux autorités différentes peuvent avoir des vues opposées ¹⁶. A mon avis, exprimé dans le cours de La Haye, il n'est pas possible de déterminer une règle générale en cette matière, les circonstances et les besoins étant extrêmement variables d'un endroit à l'autre et d'une période à l'autre. Il me paraît qu'une solution peut être

¹⁴ Voir Questionnaire, VIII, 3.

¹⁵ *Martens*, NRG, III, 4, p. 208 ; *Recueil des Traités*, 3, pp. 313-403.

¹⁶ Report of the Indus (Rau) Commission 1944, I, pp. 10-11, cité par *Laylin*, Comments, pp. 22-23.

trouvée au moyen d'une autre règle dont on parlera au N° 7. Toutefois, je crois devoir provoquer un échange de vues entre les membres de la Commission en posant la question XIII du Questionnaire.

6. Nous avons déjà fait mention du principe des droits acquis. Il y faut distinguer deux hypothèses différentes :

a) Dans une première hypothèse, il s'agit des droits acquis en vertu d'un consentement des Etats riverains. Dans ce cas, le droit acquis d'un riverain est opposable à tout co-riverain ayant donné son consentement.

b) On prétend qu'un Etat riverain peut avoir un droit acquis, reconnu par le droit coutumier, du simple fait d'avoir utilisé un cours d'eau d'une façon déterminée. Ce principe fut reconnu à l'occasion du règlement de l'utilisation des eaux du Nil en 1929¹⁷ et tout récemment lors des négociations au sujet des eaux du Nil entre l'Egypte et le Soudan¹⁸. Le problème du barrage d'Assouan tournait en partie autour de la question de savoir si, et dans quelle mesure, l'Egypte acquerrait par la construction du barrage, le droit de disposer des quantités additionnelles importantes des eaux du Nil, ce qui priverait dans l'avenir les riverains en amont de la possibilité de développer leurs propres projets d'aménagement et d'irrigation en tant qu'ils pourraient avoir pour effet la diminution des quantités sur lesquelles l'Egypte aurait acquis un droit de priorité par la construction dudit barrage. Le principe de la priorité d'utilisation existante est également adopté par la commission Rau pour les eaux de l'Indus. Elle invoque en faveur de cette formule des cas de jurisprudence aux Etats-Unis: « priority of appropriation gives

¹⁷ Echange de notes du 7 mai 1929, *Recueil des Traités*, 93.

¹⁸ Voyez chez *Laylin*, Observations, p. 17, le passage où le gouvernement du Soudan fait allusion aux « droits établis » de l'Egypte.

superiority of right ¹⁹ ». Toutefois, ici, l'application générale du principe est affaiblie par l'insertion du mot « usually ». Nous trouvons aussi le respect des usages traditionnels suggéré dans le rapport de la commission chargée de l'étude de l'utilisation de la rivière Helmand (Hirmand) ²⁰. A l'occasion de l'examen, devant le Sénat des Etats-Unis, du traité de 1944 entre les Etats-Unis et le Mexique, l'administration a fourni à la commission des Affaires étrangères du Sénat une liste des traités reconnaissant le principe du respect des usages existants, et le représentant de l'administration s'est déclaré partisan dudit principe ²¹. Le respect des droits acquis est reconnu dans l'affaire du Rio Mauri ²².

Malgré l'impression que le principe du respect des usages existants semble être bien ancré dans la pratique internationale, il n'est pas sans rencontrer de reproches. Il peut avoir pour effet de paralyser le développement des pays qui sont relativement en arrière ou dont le besoin d'utilisation est apparu plus tard que celui du pays qui prétend avoir acquis un droit par le fait de l'utilisation préexistante. Ceci a été observé déjà par Kaufmann et Strisower en 1911. Kaufmann est de l'avis qu'il faut peser l'importance des différents intérêts et buts en collision. « Si des intérêts anciens et nouveaux, de qualité et d'importance différentes, se trouvent internationalement en collision, il ne serait ni juste ni possible de donner toujours internationalement aux droits acquis dans un des Etats riverains la préférence d'après leur ancienneté. » Strisower est plus explicite et fait allusion directe aux situations que nous venons de signaler. Strisower pense que, en respectant les installations existantes,

¹⁹ Wyoming v. Colorado, 259 U. S. 419.

²⁰ Laylin, Observations, p. 23.

²¹ Laylin, *ibid.*, p. 35-36.

²² Berber, *op. cit.*, p. 79.

« on sacrifie l'Etat dont l'industrie n'est pas encore développée et dont, par conséquent, les ressortissants ne possèdent pas encore, ni ne peuvent créer dans un avenir prochain des établissements d'exploitation de l'eau pareils à ceux de l'Etat qui possède ces avantages ». C'est pourquoi Strisower propose « de répartir l'eau proportionnellement, suivant les conditions naturelles et géographiques, et sans avoir égard aux constructions existantes ²³ ».

Lors de la discussion de la question au sein de l'International Law Association, M. Sikri a observé que les droits dérivant d'une appropriation préexistante ne doivent pas être considérés comme sacro-saints, mais qu'il faut prendre en considération les circonstances dans lesquelles l'appropriation a eu lieu ²⁴. C'est en ce sens qu'il a proposé un amendement au projet de Résolution proposé par le comité Eagleton, amendement qui n'a pas été adopté. Pourtant, dans la Résolution de l'International Law Association votée à Dubrovnik, l'appropriation préexistante figure, en dernier lieu, parmi les cinq facteurs qu'il faut, entre autres, prendre en considération quand il s'agit de résoudre un conflit d'intérêts en prenant en ligne de compte les avantages et préjudices résultant d'une utilisation déterminée des eaux. Il s'ensuit que, d'après cette Résolution, les droits acquis et installations préexistantes ne sont pas *ipso facto* reconnus.

Par conséquent, le rapporteur désire recueillir les opinions des membres de la Commission en formulant la question suivante :

« Dans quelle mesure la règle du respect des droits acquis (de la priorité d'utilisation) est-elle applicable ? »

²³ *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1911, vol. 24, pp. 187, 358 et 359.

²⁴ *Sikri*, Comments, p. 16.

7. De la réponse à la question précédente dépendra la solution d'une autre question qui est en connexité étroite avec la question exposée ci-dessus sous le N° 4 (Questionnaire VIII, 3). Cette question figure au Questionnaire sous VIII, 4. La règle qui y est proposée est une conséquence logique des règles antérieures. En partant du principe de la libre utilisation des eaux disponibles par le souverain territorial limitée par le droit correspondant de tout souverain, et en acceptant, en cas de conflits d'intérêts, la règle VIII, 3 du Questionnaire, il faut penser aux cas où un besoin prépondérant nouveau apparaît en face des utilisations existantes qui empêchent, par le jeu de la règle VIII, 2 du Questionnaire, l'Etat ayant cet intérêt nouveau de retirer le maximum de bénéfices par l'utilisation des eaux existantes. Dans une situation semblable, il semble que la règle que nous allons proposer s'impose. Toutefois, à la différence des trois autres règles qui figurent dans la même section du Questionnaire, celle-ci ne peut pas être considérée comme faisant partie du droit international positif. Mais, étant une conséquence nécessaire desdites trois règles, le rapporteur est convaincu qu'elle se formera bientôt dans la jurisprudence internationale, si celle-ci avait l'occasion de se prononcer sur des questions de ce genre. C'est pour cette raison que le rapporteur soumet aussi cette règle aux observations des membres de la neuvième Commission.

8. Finalement, le Questionnaire (XI, XII, XIV, XV) contient quelques questions additionnelles qui se trouvent effleurées au cours de cet exposé et qui doivent être résolues dans la première étape du travail de la neuvième Commission. Les réponses à ces questions permettront de préciser le cadre du futur rapport définitif et de rapprocher ses vues de celles de la majorité des membres de l'Institut.

(Zagreb, le 25 mai 1957.)

Questionnaire

I. Etes-vous d'accord sur la question de l'opportunité de l'étude de l'utilisation des eaux internationales ?

II. Est-ce que cette étude doit être limitée à la recherche de quelques principes généraux ou devra-t-elle être poussée — et dans quelle mesure — pour entrer dans certains détails ? Quelles sont les questions et règles que vous proposez pour être étudiées dans le cadre de notre travail subséquent ?

III. Notre étude doit-elle comprendre toutes les eaux non maritimes au sens large, y compris les lacs, les canaux, les cours d'eau souterrains et les eaux phréatiques ?

IV. Etes-vous d'accord qu'une réglementation de l'utilisation des eaux internationales doive envisager les systèmes fluviaux entiers ayant en vue l'interdépendance et les répercussions possibles provenant de l'utilisation à un point quelconque du système et se faisant sentir à d'autres points très éloignés du même système ?

V. Est-ce que le droit international actuel comprend des règles régissant l'utilisation des eaux internationales ?

VI. Est-ce que notre tâche doit être confinée à dégager les règles existantes à l'heure actuelle ou devons-nous formuler des règles *de jure condendo* ?

VII. Quels principes et règles peut-on dégager sur notre sujet en droit international positif ?

VIII. Notamment, quelle est votre opinion sur les règles suivantes :

1) Tout Etat a le droit d'utiliser jusqu'au maximum possible les eaux qui traversent ou bordent son territoire, en respectant toutefois le droit correspondant des Etats intéressés au même cours d'eau ou système fluvial et sous réserve des limitations

imposées par le droit international en général et de celles contenues dans les articles suivants du présent projet.

2) Est interdit tout changement apporté à un cours d'eau international dont résulte un dommage considérable pour le territoire d'un autre Etat.

3) Toutefois, un Etat riverain ne peut pas s'opposer à ce qu'un autre Etat riverain intéressé retire, par l'utilisation d'un cours d'eau commun, des avantages sur une base d'égalité des droits. L'égalité des droits doit être comprise en ce sens que tous les riverains ont un droit égal à utiliser les eaux d'un tel cours en proportion de leurs besoins.

4) De même, l'opposition ne peut avoir pour effet d'empêcher un Etat intéressé de retirer, par l'utilisation des eaux existantes, le maximum de bénéfices, mais celui qui en profite doit assurer à l'opposant la possibilité d'en retirer des bénéfices proportionnels auxquels il a droit.

IX. Est-ce qu'il faut, et dans quelle mesure, obliger l'Etat qui se propose d'aménager un cours d'eau intéressant d'autres Etats à demander le consentement de ces Etats ?

X. Dans quelle mesure la règle du respect des droits acquis (de la priorité d'utilisation) est-elle applicable ?

XI. Est-ce qu'il faut corriger ou compléter les règles précédentes par un renvoi à l'équité, et quels sont les éléments qu'il faut mentionner sous ce rapport ?

XII. Si vous considérez que les règles susmentionnées ou quelques-unes d'entre elles ne constituent pas des règles du droit positif, êtes-vous d'accord de les proposer *de jure condendo* ?

XIII. Est-ce que, en cas de conflit d'intérêts incompatibles, on peut établir un ordre de priorité entre les différents modes d'utilisation ? Quel est l'ordre qui vous semble, éventuellement, indiqué ?

XIV. Est-ce que notre projet de Résolution doit contenir une formule recommandant aux Etats intéressés de s'entendre en vue d'une utilisation concertée plus complète des eaux que la nature met à leur disposition et d'envisager un aménagement en commun des systèmes entiers ou de leurs parties, si cela promet de donner de meilleures possibilités d'utilisation ?

XV. Quelles règles additionnelles proposez-vous d'insérer dans notre projet, soit *de jure condito* ou *de jure condendo* ?

XVI. *Question générale* : Sur quel point et pour quelles raisons êtes-vous en désaccord avec la manière dont le sujet est présenté dans ce rapport préliminaire ? Avez-vous des propositions à faire en vue d'assurer le résultat le plus satisfaisant des travaux de la neuvième Commission ?

(Zagreb, le 25 mai 1957.)

Annexe II

*Observations des membres de la neuvième Commission
et de M. Bolla, en réponse à l'Exposé préliminaire
et au Questionnaire de M. Juraj Andrassy du 25 mai 1957*

1. Observations de M^{me} Suzanne Bastid

Paris, le 10 juin 1958.

Mon cher Confrère,

Je m'excuse d'avoir largement dépassé les délais qui m'étaient impartis pour vous répondre. Ce long retard n'est pas dû seulement à des empêchements divers et aux travaux de l'année universitaire, il s'explique principalement par mes hésitations fondamentales devant le sujet confié à notre Commission. Le sujet me paraît à la fois d'une très grande importance pratique à raison du nombre de cas dans lesquels une utilisation plus rationnelle des eaux pourrait changer les conditions de vie dans une région du monde, mais d'une grande difficulté car les situations de fait varient tellement qu'il est douteux que des règles très détaillées puissent être posées, en outre dans ce domaine les connaissances scientifiques se développant, les procédés d'utilisation se perfectionnant, il faut que les solutions juridiques puissent être en harmonie avec les possibilités nouvelles ouvertes par la science et la technique.

Dans ces conditions les Résolutions de l'Institut ne devraient constituer qu'un cadre général pour l'établissement de régimes conventionnels adaptés aux situations de fait particulières.

Peut-être l'Institut pourrait-il dans ce domaine procéder ainsi qu'il l'a fait à la session d'Amsterdam dans la Résolution : « Recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux », c'est-à-dire suggérer certains points à régler dans les accords à intervenir, tout en formulant les principes généraux susceptibles d'être acceptés.

Le retard que j'ai mis à vous adresser cette réponse m'a permis de prendre connaissance grâce à l'obligeance de M. P. *Sevette*, Directeur de la Division de l'énergie de la Commission économique pour l'Europe, du rapport d'un groupe d'experts nommés à la demande du Conseil économique et social sur le développement intégré des bassins fluviaux (E/3.066) ainsi que de la Résolution adoptée par le Conseil économique et social au sujet de ce rapport (E/Res/675 (XXV)). Ces documents contiennent des indications qui pourront retenir l'attention de l'Institut. Il en est de même de la Résolution adoptée à la dixième conférence de l'*Inter American Bar Association* le 19 novembre 1957.

Je suivrai, dans mes observations, l'ordre du Questionnaire que vous avez bien voulu joindre au remarquable exposé préliminaire dont les membres de la neuvième Commission ont été saisis.

I. L'étude proposée à notre Commission est incontestablement opportune : ce problème préoccupe à la fois les groupements scientifiques, les instances internationales et nationales, les conclusions auxquelles peut parvenir l'Institut ne manqueront pas à cet égard de contribuer à préciser le droit dans ce domaine.

II. La réponse à cette question dépend de l'attitude prise par l'Institut sur l'objet de la Résolution : si l'on désire se borner à formuler des principes faisant droit ou susceptibles

de faire droit entre Etats ceux-ci seront nécessairement peu nombreux. Si l'on estime que l'Institut peut énoncer des questions qu'il y aurait intérêt à régler dans des conventions à conclure entre Etats intéressés par un cours d'eau donné ou par un bassin fluvial alors le champ d'investigation serait plus ample. Il m'apparaît que cette seconde orientation tiendrait plus exactement compte des conditions dans lesquelles le problème se présente aujourd'hui.

III. Le terme du mandat de la Commission : utilisation des « eaux internationales » est à la fois très large et imprécis.

L'Exposé préliminaire a défini exactement les diverses conceptions que l'on peut présenter des eaux internationales.

Il semble que les problèmes qui se posent actuellement dépassent le problème de l'utilisation du cours d'eau qui forme frontière ou traverse successivement les territoires de deux ou plusieurs Etats : je suis pleinement d'accord avec vous sur l'idée qu'il faut considérer l'ensemble du système fluvial pour lui reconnaître le caractère d'eaux internationales si l'action entreprise sur le territoire d'un Etat peut avoir des répercussions sur les eaux dépendant du même bassin se trouvant sur le territoire d'un autre.

Il paraît légitime d'assimiler aux cours d'eau, les lacs, canaux et rivières souterraines. Par contre, j'hésite à envisager le cas des eaux phréatiques car il ne m'apparaît pas que les aménagements dans un bassin fluvial aient des effets connus avec une certitude suffisante pour que l'on puisse en tirer des obligations juridiques générales.

IV. Il résulte de ce qui précède qu'il m'apparaît que l'Institut ferait œuvre utile en envisageant le problème dans le cadre des systèmes fluviaux entiers et en indiquant au surplus l'idée que l'aménagement d'un fleuve peut être un élément de l'organisation économique d'une région et qu'il

peut être souhaitable de ne pas l'isoler de la réalisation d'autres entreprises : ainsi l'option entre l'irrigation et la production d'énergie pourrait être commandée dans certains cas par la possibilité d'une compensation au moyen de fourniture d'énergie provenant d'une autre source.

V à IX. Il existe certainement des règles de droit international relatives à l'utilisation des eaux internationales : notamment le principe suivant lequel l'Etat est compétent dans un système fluvial international pour déterminer les conditions d'exécution des travaux à réaliser sur son territoire, mais il paraît douteux qu'un ensemble de règles cohérentes soient aujourd'hui reconnues par les Etats comme obligatoires, dans les termes généraux qui sont proposés au § VIII.

Sans doute les règles ainsi indiquées s'inspirent d'un idéal auquel beaucoup pourraient souscrire mais on peut se demander si elles répondent aux questions pratiques que rencontrent les Etats désireux de procéder à des aménagements destinés à l'utilisation des eaux internationales. Comment un Etat soucieux de respecter le droit international pourra-t-il s'assurer que le barrage ou le canal d'irrigation qu'il désire construire respectera « l'égalité des droits » des autres riverains ? Dès lors est-il opportun de formuler des règles dont l'application exacte ne peut se vérifier qu'après la réalisation de travaux par un des riverains et qui ne peuvent manquer de soulever de graves difficultés d'appréciation.

Si l'ouvrage réalisé porte atteinte à « l'égalité des droits » quelle réparation adéquate pourrait être prescrite par le juge ou l'arbitre international ?

Au lieu de chercher à formuler des règles permettant d'apprécier *a posteriori* la régularité du comportement d'Etats ayant agi dans le cadre de leur compétence territoriale il

m'apparaît que l'Institut devrait s'efforcer de chercher à formuler des principes qui puissent utilement guider les Etats lorsqu'ils envisagent d'entreprendre sur des eaux internationales des travaux d'aménagement susceptibles d'affecter la situation d'autres riverains et puissent, en conséquence, leur éviter des contestations ultérieures. Par ailleurs, l'Institut ne peut négliger le fait que l'utilisation d'un bassin fluvial doit, pour en obtenir le meilleur rendement, être considérée dans son ensemble et parfois en fonction d'autres données économiques (sources parallèles d'énergie, etc.). Enfin les aménagements désirables et par conséquent les rapports à instituer entre Etats à ce propos sont susceptibles de solutions très variables. On pourrait concevoir que l'Institut énonce certains moyens qui permettent dans la pratique d'ajuster les intérêts des Etats en présence.

En somme il s'agirait de montrer par quelles combinaisons de prestations peuvent être compensées les conséquences de travaux opérés en territoire étranger. Il s'agit là d'ailleurs de procédés bien connus dans la pratique : tels la fourniture d'énergie électrique, la restitution d'eaux équivalentes (sentence arbitrale dans l'affaire du Lac Lanoux), etc.

Il ne paraît pas possible non plus d'ignorer dans ce domaine des pratiques contemporaines comme celle de la consultation d'un organe international technique servant d'intermédiaire entre les Etats intéressés à un même bassin fluvial et susceptible de fournir des conseils techniques comme de faciliter des négociations. L'Institut devrait se prononcer me semble-t-il sur l'importance d'une telle intervention.

En somme, trois problèmes pourraient être traités dans la Résolution à intervenir :

1° Détermination des procédures à suivre dans l'aménagement des eaux internationales : obligation d'avertir les autres Etats intéressés de l'existence d'un projet d'aménagement ;

au cas où un autre Etat intéressé le demande, obligation d'examen en commun du projet et de ses répercussions ; droit pour chaque Etat de demander la participation à cet examen d'une instance internationale technique, etc.

2° Enoncé des questions à régler dans une convention sur l'aménagement d'eaux internationales : situation des ouvrages, part prise par chaque Etat aux travaux, partages des avantages, compensations possibles aux dommages, organes de surveillance du régime institué, participation éventuelle d'une instance internationale, etc.

3° Enoncé de principes tels que le droit pour l'Etat d'exécuter les travaux sur la section du fleuve se trouvant sur son territoire, l'obligation de s'abstenir d'usages polluant les eaux ou causant un dommage appréciable au territoire ou aux usagers d'un autre Etat, etc.

X. Il faudrait sans doute distinguer entre le respect des droits acquis résultant d'un accord international, ou d'une concession régulièrement concédée et d'autre part la priorité d'utilisation. Dans le premier cas, les règles générales en cette matière devraient s'appliquer, notamment dans l'hypothèse de succession d'Etats. Par contre, la priorité d'utilisation ne devrait pas faire obstacle à la mise en mouvement de la procédure indiquée plus haut. En effet l'aménagement rationnel d'un bassin fluvial en utilisant les techniques modernes peut comporter des modifications aux utilisations antérieures mais alors se pose la question des compensations adéquates.

XI. Il ne me paraît pas nécessaire de faire une mention spéciale de l'équité étant donné l'orientation générale qui devrait être donnée à mon avis à une Résolution de l'Institut.

XII. La réponse à cette question résulte de ma position générale à l'égard de l'ensemble du problème.

XIII. Il ne paraît pas possible de fixer un ordre de priorité qui aurait une valeur absolue : cet ordre de priorité dépend du cours d'eau envisagé et des régions arrosées : dans des pays peu développés les usages domestiques et l'irrigation pourraient apparaître comme devant avoir la priorité, dans d'autres la production d'énergie devrait l'emporter.

Toutefois l'Institut pourrait sans doute relever la diversité de ces usages et le lien à établir, pour fixer dans un cas donné l'ordre de priorité, avec l'ensemble de l'économie de la région considérée.

XIV. Ainsi qu'il a été indiqué plus haut la Résolution de l'Institut devrait à mon sens être délibérément orientée dans ce sens.

XV. et XVI. Il a été répondu plus haut à ces questions.

Peut-être pourrait-on tenir compte de l'importance actuelle du financement par des institutions internationales pour des aménagements concernant des eaux internationales. Un vœu pourrait être émis tendant à ce que ce financement ne soit octroyé que lorsque les procédures permettant de tenir compte des intérêts de tous les Etats en présence ont été respectées.

Veillez trouver ici, mon cher Confrère, avec encore mes excuses pour le retard que je mets à vous adresser mes observations, mes vives félicitations pour votre si intéressant rapport préliminaire et mes sentiments les meilleurs.

Suzanne Bastid

2. Observations de Mr. Herbert W. Briggs

Ithaca, N.Y., October 15, 1957.

My dear Colleague :

Permit me to compliment you on the perceptive and helpful analysis contained in your *Exposé préliminaire sur*

l'Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) of July 1957. My observations on your Questionnaire follow.

I. Yes.

II. While the purpose of our study should be to develop and formulate certain general principles, it is desirable to study in some details the points raised in your Questionnaire.

III. Yes, all the non-maritime waters affected with an international interest.

IV. Yes. You make a convincing case for the necessity of studying particular river systems in their entirety.

V and VII. Aside from rules concerning navigation and the determination of river boundaries, I am somewhat sceptical as to the existence of *rules* of international law regulating the utilization of non-maritime international waters, in the absence of treaties. However, there exist certain general principles of international law according to which a State may incur international responsibility for failure to prevent injurious use of its territory to the detriment of another State. I need refer here only to the *Corfu Channel Case (Merits)*, I.C.J. Reports, 1949, p. 22; the *Trail Smelter Arbitration* of March 11, 1941; and the obligation of States under international law to prevent within their territories subversive or hostile activities aimed against other States. From these general principles it should not be difficult to formulate rules regulating the utilization of non-maritime international waters.

VI. Our task should thus be envisaged primarily as formulating rules *de lege ferenda*.

VIII. (1). This is acceptable as a basic general principle. I would prefer to insert the words "under international law" between "*droit*" and "*d'utiliser*" in the first line; and I

would like to delete the words "*jusqu'au maximum possible*" as being in apparent contradiction with the rest of the sentence. The value of this general statement will depend upon the extent to which we are able to provide clear answers to the questions: what are the limits imposed by international law? what are the corresponding legal rights of other States?

VIII. (2), (3), (4). I have some difficulty in discovering what is permitted and what is forbidden by these provisions. Apparently a State can utilize the waters affected with an international interest in its territory without notification, consultation, obtaining the consent of other interested States or arbitration, provided the utilization does not—in the opinion of that State—result in considerable damage to the territory (rights?) of another State. Despite the prohibition in paragraph (2), it appears by paragraph (3) that a State can utilize such waters in its territory even if the utilization causes considerable damage to another State, provided that it is convinced that it is using only a fair share of the water or that its needs are greater than those of the injured State. These subjective judgments of the State utilizing the waters are open to challenge by the injured State on the basis of the facts and its equal rights to utilization in proportion to its needs. However, what seems lacking in VIII is precision in the concept of "considerable damage", "equal right of utilization" and "needs". Perhaps the rules set forth in paragraphs (a), (b) and (c) of Article V of the International Law Association's Resolution of Dubrovnik, adopted August 31, 1956, are themselves open to the same charge of lack of precision, but I prefer them as possibly permitting a more objective determination. I am aware of the difficulty of giving precision to these concepts by definition and, ideally, would prefer to see the concepts evolve by State practice and decisions

of international courts. In the meantime, we should re-examine the possibility of a more precise formulation of the conflicting rights of States and recommend procedures for adjusting conflicts.

IX. Absent a mutual agreement to that effect, I do not believe it desirable to give any State an absolute veto over the use of the waters of another State within the territory of the latter. There should therefore be no absolute requirement of consent by other States before a State can utilize waters within its territory. On the other hand, in cases where the utilization by a State of waters within its territory would cause considerable injury to another State, it would seem desirable to require consultation and reference to a technical commission, prior to undertaking the proposed utilization. If, after consultation and reference to a technical commission for advice, the parties are unable to reach agreement, two possibilities may be envisaged. Either there should be resort to compulsory arbitration prior to the contemplated utilization ; or the State contemplating the utilization should (after consultation and reference to a technical commission has failed to produce agreement) have the right to proceed with the utilization, subject to incurring international responsibility for the injury caused. The first alternative requires a State either to obtain consent or to submit to arbitration prior to action. The second alternative permits unilateral action after consultation, but stresses the liability of a State for injury in violation of the rights of other States. It is my view that the State causing the injury should be required to accept the jurisdiction of an international court to decide the question of its responsibility under international law.

X. Recognition of the acquired rights of prior users should not be regarded as an absolute rule, always giving

them priority, but should be regarded as an important factor to be considered along with others in adjudicating a conflict of rights or in promoting an equitable settlement.

XI. Equitable considerations will be important in our attempt to formulate rules of law *de lege ferenda* and further reference to equity may be desirable, depending upon how we formulate the rules.

XII. Subject to reformulation.

XIII No. Conditions and needs differ so much that I doubt the feasibility or desirability of attempting to fix rigidly an order of priority between different methods of utilization.

XIV. Yes.

XV. Possibly a definition of non-maritime waters affected with an international interest.

XVI. We are indebted to you for the skill with which you have presented the problems. If I have differed with you, it is in the interest of further clarification, particularly of point VIII.

Sincerely yours,

Herbert W. Briggs

3. Observations de M. Erik Castrén

Helsinki, le 16 septembre 1957.

Cher Confrère,

Permettez-moi de vous féliciter de votre excellent Exposé préliminaire sur l'Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) que j'ai étudié avec

le plus grand intérêt. Ce document sera une excellente base pour les travaux de la neuvième Commission de l'Institut de Droit international.

Je tiens, tout d'abord, à vous assurer que je suis entièrement d'accord sur la manière dont vous avez traité les problèmes qui nous préoccupent. J'accepte également vos propositions quant à la méthode à suivre dans la préparation de notre projet de Résolution. Pour le moment, je n'estime pas nécessaire de faire insérer dans ce projet d'autres règles que celles que l'on trouve déjà dans votre Questionnaire, ni *de jure condito* ni *de jure condendo*. Je me réserve pourtant le droit de faire quelques suggestions lors du stade ultérieur de nos travaux.

Ayant ainsi répondu aux deux dernières questions (XV et XVI) de votre Questionnaire, je vais tâcher de donner des réponses à toutes les autres en suivant l'ordre de celui-ci.

I. Oui, pour les raisons et avec les réserves mentionnées dans votre exposé.

II. J'ai l'impression qu'il serait préférable de limiter notre étude à la recherche de quelques principes généraux selon la pratique antérieure de l'Institut. Je crains que, si l'on pousse l'étude dans les détails, notre tâche devienne trop vaste et plus difficile encore. Quant aux questions et règles qui devraient faire l'objet de nos recherches, je répète que j'estime qu'il suffit pour le commencement de s'occuper des problèmes soulevés par vous dans votre exposé et Questionnaire.

III. Oui, bien que nous risquions ainsi de pénétrer dans les détails, ce qu'il faudrait éviter, comme je l'ai déjà souligné.

IV. Oui. Il me semble que votre argumentation sur cette question est suffisamment probante.

V. Oui. Presque tous les auteurs admettent au moins quelques règles ou principes généraux.

VI. Il faut essayer de dégager aussi bien les règles du droit international *de lege lata* se rapportant à l'utilisation des eaux internationales non maritimes que les règles *de lege ferenda*; telle est la pratique générale de l'Institut.

VII. Je trouve cette question très vaste et il est difficile d'y répondre d'une manière approfondie dans le cadre normal des observations d'un membre ordinaire de la Commission. Vous y avez vous-même déjà répondu, en partie, dans votre exposé et votre Questionnaire. Vu que nous avons parmi les membres de notre Commission également d'autres grands experts de la discipline du droit que nous sommes en train d'étudier, par exemple, notre Confrère, le professeur Sauser-Hall, je leur laisse le soin d'une réponse détaillée en me limitant à exprimer mon opinion sur les règles principales que vous avez proposées sous le chiffre suivant.

VIII. 1) J'accepte cette règle, quoique j'estime que la référence générale au droit international y est dans une certaine mesure vague. Je comprend bien qu'il est nécessaire d'insérer dans le projet cette réserve et qu'il n'est pas possible d'y énumérer tous les cas qu'il faut prendre en considération. Mais, ne pourriez-vous pas clarifier ce passage dans votre prochain rapport avec quelques exemples comme, entre autres, ceux qui résultent du devoir des Etats de respecter la souveraineté territoriale des autres Etats ?

2) D'accord en principe, bien que je trouve la présente rédaction peut-être trop catégorique. Pour ma part, je donnerais préférence à la formule adoptée par l'*International Law Association* à la Conférence de Dubrovnik de 1956, dont vous avez fait mention dans votre exposé.

3) D'accord, mais je crois que les règles en question, gagneraient si on les précisait. Les critères actuels, c'est-à-dire, « sur une base d'égalité des droits » et « en proportion de leurs besoins » me paraissent un peu trop généraux.

4) Même remarque.

IX. Oui. La règle en question exprime un principe utile que nous pouvons proposer en tout cas *de lege ferenda*. Comme vous l'avez déjà constaté dans votre exposé, il y a une certaine liaison entre ladite règle et celles que vous avez présentées dans le n° VIII de votre Questionnaire.

X. La règle du respect des droits acquis doit, bien entendu, être mentionnée dans le projet de Résolution, mais pas comme un droit absolu. Or, il est fort difficile de fixer les limites. Tout dépend des circonstances spéciales. La formule acceptable doit être assez générale. Je regrette de ne pouvoir présenter cette fois-ci aucune proposition concrète.

XI. Il me semble que les éléments de l'équité sont déjà largement contenus dans les règles précédentes, par exemple, sous le n° VIII 3). De plus, je crains qu'une référence générale à l'équité n'affaiblisse les autres règles en les modifiant dans un sens trop élastique. Par conséquent, ma réponse est maintenant négative.

XII. A l'exception du cas traité sous le n° IX et peut-être du cas traité sous le n° VIII 4) je considère que les règles susmentionnées constituent des règles du droit positif, mais il devrait ressortir de mes observations précédentes que je suis préparé à proposer également les deux règles contestables *de jure condendo*.

XIII. Non, en me ralliant à vos arguments.

XIV. Oui, en conformité avec le système adopté dans la Convention de Genève de 1923.

Observation additionnelle. Vous ne jugez pas nécessaire de nous occuper dans le projet de Résolution de la question doctrinale quant au fondement des règles régissant l'utilisation des cours d'eau. Tout en respectant les motifs qui vous ont amené à ce résultat, je voudrais pourtant vous prier de vérifier la question en préparant votre nouveau rapport. Etant donné que l'existence même de ces règles est contestée par plusieurs savants de grande renommée, une mention, même courte, des raisons principales à la tête de notre projet de Résolution sur laquelle vous fondez votre opinion serait propre à renforcer cette Résolution et à lui donner une portée plus grande.

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

Erik Castrén

4. Observations de Mr. C. John Colombos

London, 16th December 1957.

My dear Colleague,

I should like, in the first place, to congratulate you on a remarkable piece of work which must have entailed considerable research work on your part. The utilization of non-maritime international waters has attained great importance in recent times in view of the notable developments in hydro-energy and several other scientific advances, and the regime to be applied to these waters deserves careful study.

Such a study ought, in my opinion, to include all non-maritime international waters in the widest possible meaning.

I note that your report is entitled "exposé préliminaire" and the following observations should therefore be considered as provisional in character until such time as I may be given the opportunity to study your final conclusions.

My first observation relates to the title given to our Commission: "Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation)". The last words "en dehors de la navigation" seem to me misleading. Several of the rivers, for instance, referred to in your report are, in fact, navigable and I would consequently suggest that these last words should be omitted from the title, as the question of navigation should also be studied.

I share your view that the proposed Resolution to be eventually adopted by our Institute should take account of all the factors rendered necessary by the new legal and scientific developments (*de lege ferenda*) and should not limit itself to the existing position. I am also of the opinion that such a Resolution should not ignore the vital importance to be attached to the bilateral or multilateral conventions ensuring joint action by the riparian States in the utilization of these waters. The formula adopted by the International Law Association at its Dubrovnik meeting last year which reads as follows---

"So far as possible, riparian States should join with each other to make full utilization of the waters of a river, both from the viewpoint of the river basin as an integrated whole, and from the viewpoint of the widest variety of uses of the water, so as to assure the greatest benefit to all" appears to me to answer this purpose, subject to the condition that it should be made to apply to all waters, whenever expedient, and not solely to the waters of a river.

As regards the Resolution adopted by our Institute at its Madrid session in 1911, I share the criticisms addressed to it

by our distinguished President, Professor Georges Sauser-Hall, in his admirable paper to The Hague Academy of International Law (Recueil, vol. 83 (1953), pp. 527-532), notably that its provisions are purely negative and do not take account of the special conditions to be attributed to each system of waters and its industrial utilization. It ought therefore to be revised.

In conclusion, I consider that riparian States should be given the opportunity of deriving proportional benefits from the utilization of these waters, so far as possible, on the base of equality or, as the United States Supreme Court has held in several decisions, there ought to be an "equitable apportionment" of these waters in the best interest of all the users, subject, of course, to vested rights deriving either from custom or convention.

C. John Colombos

5. Observations de M. Nathan Feinberg

Genève, le 13 octobre 1957.

Cher et honoré Confrère,

J'ai bien reçu l'Exposé préliminaire sur l'« Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) » que vous avez rédigé en tant que rapporteur de la neuvième Commission. J'ai étudié avec la plus grande attention votre exposé si intéressant et je vous en félicite très sincèrement.

Les travaux de notre Commission pouvant, dans un certain sens, être considérés comme faisant suite aux travaux déjà entrepris par l'Institut dans le même domaine, il ne paraît peut-être pas superflu — avant de répondre au Questionnaire — de dire ici quelques mots sur les Résolutions qui ont été adoptées à la session de Madrid de 1911 au sujet de la

« Réglementation internationale de l'usage des cours d'eau internationaux en dehors de l'exercice du droit de navigation ». Cela me paraît d'autant plus nécessaire que des divergences de vues se sont manifestées dans la doctrine sur la question de savoir si ces Résolutions devaient, dans l'esprit de leurs auteurs, être considérées comme posant des règles de droit international positif, ou si, au contraire, il ne s'agissait que de propositions *de lege ferenda*.

La plupart des auteurs sont d'avis, en se basant sur l'« Exposé des motifs » qui précède les « Règles » formulées dans lesdites Résolutions, que les principes dégagés par l'Institut ne doivent pas être considérés comme l'expression du droit coutumier international. D'autres auteurs soutiennent, par contre, que ces Résolutions représentent simplement la *lex lata*. Il me semble que chacune de ces affirmations est par trop catégorique et va trop loin. Il est vrai que dans l'« Exposé des motifs » il est dit que l'« exploitation de l'eau à l'usage de l'industrie, de l'agriculture, etc., est restée en dehors des prévisions... [du droit international] ». Mais il ne faut pas oublier que l'« Exposé des motifs » n'a pas été mis au vote, et cela, comme il ressort de l'intervention de M. Clunet, pour la raison que des divergences de vues s'étaient fait jour à ce sujet parmi les membres de l'Institut. En outre, en acceptant avec certaines modifications le projet de l'« Exposé des motifs » proposé par M. Engelhardt, l'Institut a souligné dans le troisième alinéa du texte définitif qu'« il paraît... opportun de combler cette lacune en constatant les règles de droit qui découlent de l'interdépendance incontestablement existant entre Etats... ». Or, on ne peut constater que ce qui existe déjà. Et qui plus est : le rapporteur lui-même, M. L. von Bar, s'est nettement prononcé sur la question controversée, en s'exprimant dans son rapport comme suit : « Selon celui-ci [M. Engelhardt] les thèses proposées parais-

sent comme règles désirables, mais jusque-là non existantes, tandis qu'à mon avis ces règles, excepté naturellement l'institution des commissions, existent déjà et doivent seulement être constatées et reconnues». Notons encore que l'article II, paragr. 7, des « Règles » est le seul dans lequel on se soit servi de l'expression « il est recommandé ».

Il ressort ainsi, tant du texte des Résolutions que des travaux préparatoires, qu'on a intentionnellement évité en 1911 de prendre position sur la question de savoir si les règles formulées avaient, ou non, un caractère obligatoire.

Il va de soi que notre Commission ne pourra pas s'engager dans la même voie, et nous devons, lorsque nous arriverons à rédiger nos conclusions, distinguer nettement entre les règles qui peuvent être considérées comme faisant partie du droit international positif et celles qui ne sont que *leges ferendae*.

Après cette brève observation d'ordre historique plutôt, je vais m'efforcer de répondre au Questionnaire très détaillé que vous avez joint à votre exposé.

I. Oui. Les questions de l'utilisation de l'eau sont extrêmement importantes aujourd'hui et elles le seront encore davantage demain. Les besoins d'eau augmentent dans des proportions considérables, et pour certains pays — surtout pour les pays arides et désertiques — le problème a un caractère vital. De sérieux conflits concernant la distribution des eaux existent dans différentes parties du monde et de nouveaux surgissent chaque jour. Il est donc absolument nécessaire de soumettre à un examen approfondi les aspects juridiques de l'utilisation des eaux internationales et de tirer au clair les règles devant régir la matière. De plus, si l'Institut a cru devoir en 1911 déjà inscrire cette question à son ordre du jour, il ne serait que logique et naturel qu'il y revienne

après environ un demi-siècle pour la réexaminer à la lumière de l'évolution intervenue depuis lors.

II. Je crois qu'au stade actuel du développement du droit des gens dans la question des eaux internationales (en dehors de la navigation), il serait prudent de ne pas tracer un programme de travail trop ambitieux. Je suis donc d'avis qu'il conviendrait de s'abstenir, pour le moment, d'élaborer une réglementation détaillée et se contenter de préciser les principes directeurs qui doivent présider à l'action et à la conduite des Etats et qui pourraient, le cas échéant, guider aussi le juge ou l'arbitre international. J'ajouterai que l'élaboration de règles de détail supposerait que tous les documents et instruments pertinents ont déjà été rassemblés et qu'ils ont fait l'objet d'une étude approfondie et analyse systématique.

III. Je partage complètement votre opinion selon laquelle notre étude doit, conformément à la tâche assignée à la Commission, comprendre toutes les eaux non maritimes, y compris les lacs, etc.

IV. Je me rallie à votre opinion. La réglementation de l'utilisation des eaux internationales doit être applicable à l'ensemble du système fluvial, y compris donc les tributaires. Je ne crois cependant pas qu'on puisse affirmer l'existence d'une règle coutumière en la matière, et nous ne pourrions partant formuler sur ce point qu'une proposition *de lege ferenda*.

V. Je suis enclin à répondre affirmativement à cette question, encore que le nombre de ces règles soit demeuré très minime jusqu'à présent. Je tiens à faire remarquer ici que la controverse doctrinale sur la question de savoir si les cours de justice des Etats fédératifs appliquent le droit international comme tel ou s'ils ne l'appliquent que *per analogiam*,

n'est pas pertinente pour les besoins de nos travaux. Ce qui importe, me semble-t-il, c'est le fait même que les Cours suprêmes des Etats-Unis, de l'Allemagne et de la Suisse, ainsi que la Cour de Cassation d'Italie (*Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1938-1940, case n° 47), n'ont pas hésité à affirmer l'existence de normes du droit des gens en ce qui concerne l'utilisation des eaux internationales.

VI. Dans les limites esquissées ci-dessus, il incombe à la Commission aussi bien de dégager les règles existantes que de formuler des règles *de lege ferenda*. Pour ce qui est de la *lex ferenda*, il serait bon de préciser s'il s'agit d'une simple recommandation de la Commission ou d'une règle déjà en voie de formation, que celle-ci en soit encore aux premiers stades de sa formation, ou qu'elle soit déjà sur le point de se cristalliser définitivement.

VII-VIII-XII. Tout en réservant encore mon jugement définitif sur les quatre règles formulées dans le point VIII du questionnaire, je voudrais, à titre provisoire, présenter à leur sujet les observations suivantes :

ad 1) En principe, d'accord. Etant donné toutefois que la tâche de notre Commission consiste précisément à dire quelles sont les règles de droit international qui régissent ou doivent régir l'utilisation des eaux, on pourrait se demander si les termes de « limitations imposées par le droit international en général », qui figurent dans le texte, ne seraient pas excessifs ; si je comprends bien votre idée, vous n'avez en vue, dans ce membre de phrase, que les devoirs généraux incombant aux Etats dans leurs relations réciproques, et il me paraîtrait alors préférable de substituer au mot « limitations » le mot « devoirs ».

ad 2) Pas d'observations.

ad 3.) Dans l'Exposé préliminaire, partie VIII-4, vous vous efforcez de justifier la combinaison du principe de l'« égalité de droit » avec celui du « partage équitable ». Or, je doute fort que cette combinaison soit de nature à contribuer à la clarté du texte. Vous admettez vous-même, d'ailleurs, que « les deux principes en question peuvent être conçus comme opposés ». En effet, la première idée qu'évoque le terme d'égalité est celle de l'« égalité arithmétique assignant aux Etats riverains des quote-parts des eaux disponibles... [et] en premier lieu... le partage par moitiés ». Vous rejetez il est vrai, une telle interprétation de la notion de l'égalité, mais on pourrait alors se demander s'il est utile de l'introduire dans le contexte. Certes, tous les Etats riverains ont un droit égal à un « partage équitable » ; néanmoins, l'opération du partage elle-même ne s'effectue pas sur la base du principe de l'égalité, mais en partant d'une juste appréciation du rapport entre les bénéfices obtenus par l'un des Etats et le préjudice causé à l'autre Etat.

J'éprouve également des doutes quant à l'opportunité de substituer le principe de « la proportion des besoins » (VIII-4 b) au principe du « partage équitable des bénéfices » ou, comme on l'appelle aussi, de « la répartition équitable des avantages », et qui est, du reste, consacré tant par la doctrine que par la jurisprudence des différents Etats. Ne serait-il pas préférable de s'en tenir à ce dernier principe, en précisant sa signification, à savoir la détermination du rapport entre l'avantage tiré par l'une des parties et le désavantage subi par l'autre afin de mettre en équilibre les intérêts opposés.

On a parfois prétendu dans la doctrine qu'une Cour de Justice peut seulement déclarer qu'un partage équitable doit avoir lieu, mais qu'il ne rentre pas dans sa compétence judiciaire de déterminer ce partage. Cette thèse est cependant répudiée par la jurisprudence des tribunaux eux-mêmes. Dans

Wyoming v. Colorado la Cour Suprême des Etats-Unis a nettement déclaré : " this Court will determine what is an equitable apportionment of the use of such waters ".

J'ajouterai que l'emploi du terme « équitable » dans le texte d'une disposition (ou la référence, sous une forme ou une autre, au principe du « partage équitable ») ne rend pas, à mon avis, la clause non-justiciable. Je rappellerai, dans cet ordre d'idées, qu'en vertu des instruments internationaux relatifs au régime de la protection des minorités, celles-ci se sont vu assurer « une part *équitable* dans le bénéfice de sommes... qui pourraient être attribuées... dans un but d'éducation, de religion ou de charité ». Comme on le sait, la juridiction obligatoire de la Cour a été prévue pour l'interprétation des traités des minorités, et par conséquent aussi pour celle de la clause en question.

Quant aux difficultés techniques, enfin, auxquelles les juges ou arbitres, appelés à statuer en la matière, pourraient se heurter, il leur appartiendra de s'assurer — de la manière qui leur semblera la plus appropriée — l'assistance technique nécessaire pour leur permettre de bien juger. Il arrive souvent à des juges de statuer sur des problèmes juridiques qui se posent dans un domaine technique avec lequel ils sont peu familiers.

Telles sont, pour ce qui touche le point VIII 3), les réflexions que j'ai voulu, à ce stade de nos délibérations, soumettre à votre appréciation en votre qualité de rapporteur de notre Commission.

ad 4). Je ne vois pas clairement si ce principe vise uniquement les droits préexistants, comme il semble ressortir de ce que vous dites à la partie VIII-7 de votre exposé. De même, les mots « bénéfices proportionnels » me paraissent vagues dans le contexte.

IX. La demande du consentement préalable des autres Etats peut, à première vue, paraître conforme au principe salubre de la coopération ; en réalité, toutefois, elle laisse à chaque Etat le droit d'opposer son veto. Ce serait donc aller trop loin que de faire dépendre l'aménagement par un Etat d'un cours d'eau international du consentement des autres Etats intéressés au même cours d'eau, sans prévoir en même temps une procédure appropriée pour le cas de refus de ce consentement.

C'est à juste titre que le Comité Permanent de Codification du Droit international public (dans son rapport à la septième Conférence des Etats américains) a cherché à compléter les Résolutions de Madrid (qui ont posé le principe d'assentiment) par l'établissement d'une procédure pour le cas où les Etats n'arriveraient pas à se mettre d'accord. Les auteurs de ce rapport ont, il est vrai, fait preuve d'optimisme en présumant que « la bonne foi et le noble idéalisme des Etats limitrophes les incitera naturellement à surmonter » les obstacles. Ils n'ont cependant pas écarté l'éventualité où cette « bonne foi » et ce « noble idéalisme » — pour employer leur langage fleuri — feront défaut.

La procédure appropriée pour faire face à une telle situation consisterait, semble-t-il, à recourir à des consultations et des négociations, au premier stade, puis à l'intervention d'une commission technique, en cas d'échec de ces négociations, et, finalement, à faire appel, si besoin est, à l'arbitrage. Telle est la voie préconisée dans la Déclaration de Montevideo sur l'« Utilisation des fleuves internationaux à des fins industrielles et agricoles », dont les articles 7-10 visent simplement à compléter le principe du consentement posé à l'article 2, al. 2. Telle est également la procédure qui fut recommandée par l'*International Law Association* à sa conférence de Dubrovnik.

X. J'accepte la distinction que vous faites à la partie VIII-4 de votre exposé entre les cas a) et b). Quant au cas b), je ne crois pas qu'il soit judicieux d'ériger en principe absolu le respect des droits acquis. La consécration de ce principe pourrait faire obstacle dans nombre de cas à des développements utiles, avantageux et désirables, et ce serait contraire au principe de l'« équitable partage » qui doit être considéré comme le principe prépondérant en la matière. Il va de soi que si les droits acquis ne devaient pas être reconnus comme le facteur décisif dans l'appréciation d'une situation concrète, l'Etat auquel un préjudice aurait été causé devrait être dédommagé, et, de préférence, par des compensations en eau ou en énergie.

XI. Réponse sous VIII 3).

XIII. Il serait impossible d'établir une liste de priorités qui soit valable pour toutes les eaux internationales. Chaque fleuve a son individualité propre et pose sans doute un cas d'espèce qui doit être tranché selon les circonstances particulières, en tenant compte des facteurs physiques, économiques, historiques et autres.

XIV. Il faut encourager les Etats directement intéressés à s'entendre au moyen d'accords afin qu'ils coordonnent leurs projets, concilient leurs intérêts et collaborent et coopèrent loyalement. Une recommandation dans ce sens me paraît fort opportune.

XV. En me référant à ce que vous dites dans votre exposé (partie I-A, début de la section b), je voudrais suggérer que vous insériez dans les conclusions à adopter une définition du terme « eaux internationales » afin d'y indiquer expressément que, pour les besoins de nos travaux et contrairement à la

définition classique, la navigabilité ne constitue pas un critère du caractère international d'un fleuve.

XVI. A mon avis, vous avez traité la question d'une manière exhaustive.

Veillez croire, cher Collègue et honoré Confrère, à mes sentiments les plus dévoués.

Nathan Feinberg

6. Observations du baron Friedr. Aug. von der Heydte

Würzburg, le 27 novembre 1957.

Mon cher et honoré Collègue et Confrère,

C'est avec un léger retard que je vous prie de bien vouloir excuser que je viens répondre au Questionnaire que vous avez eu l'amabilité de nous envoyer au mois de juillet dernier concernant le travail à achever pour la IX^e Commission de l'Institut de Droit international.

J'essaierai d'y répondre aussi succinctement et clairement que possible.

I. Je suis convaincu qu'une étude approfondie sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) n'est pas seulement utile et opportune, mais nécessaire à l'heure actuelle où l'un des grands problèmes du monde est celui de la recherche des sources énergétiques et où la nécessité de combler le manque d'énergie qui se produira dans les prochaines années conduira les Etats à une utilisation beaucoup plus intense des eaux internationales et nationales.

A côté de cette utilisation des eaux à des fins productrices, l'industrialisation progressive de beaucoup de pays entraînera une pollution croissante de beaucoup de rivières et canaux

par les eaux résiduelles des usines — problème qui se pose déjà d'une manière très grave dans le cas particulier du Rhin.

II. Comme l'existence des règles générales est contestée dans ce domaine, il faut d'abord, à mon avis, clarifier et mettre en évidence les principes généraux qui régissent l'utilisation des eaux internationales dans ce sens, problème que vous avez déjà effleuré dans votre magistrale étude préliminaire. Je pense que la question que notre Commission doit trancher fait partie d'un problème beaucoup plus vaste et complexe, à savoir celui du *droit de voisinage* dans les rapports internationaux et des immixtions illicites en Droit des Gens. Ce grand problème se pose d'une manière brutale aujourd'hui dans un autre domaine que — Dieu merci ! — nous n'aurons pas dans notre Commission à étudier, celui de l'utilisation de l'énergie nucléaire et des essais atomiques. Pour parvenir à une solution acceptable de la question qui nous occupe, il faut commencer par mettre en évidence les principes et les normes du droit de voisinage en général.

C'est à mon avis la faute de l'ouvrage de mon collègue Berber de Munich de ne pas l'avoir vu ou de ne pas avoir voulu le voir en raison d'une conception un peu démodée de la souveraineté étatique.

D'ailleurs, Berber donne une masse de détails rassemblés avec une persévérance d'abeille et qu'il a systématisés d'une manière impeccable. Il n'est pourtant pas parvenu à détacher de ces détails les grands principes qu'ils cachent. Dans la diversité immense des normes particulières — contractuelles et régionales — il n'a pas été à même de trouver la règle générale et le point commun.

C'est pourquoi il me paraît que notre étude doit se limiter d'abord à la recherche de ces principes généraux sans entrer dans les détails.

III. A mon avis notre étude doit s'appliquer à toutes les eaux non maritimes qu'on peut appeler internationales, et par conséquent comprendre les rivières et lacs, les canaux, et les cours d'eaux souterrains qui traversent ou séparent différents Etats de telle manière que des rapports internationaux en résultent ; rapports qui doivent être réglés par le droit international.

IV. Je pense qu'une réglementation de l'utilisation des eaux internationales doit envisager les *systèmes fluviaux entiers* ayant en vue l'interdépendance et les répercussions possibles provenant de l'utilisation en un point quelconque du système et se faisant sentir à d'autres points très éloignés de ce même système à condition que la relation de cause à effet soit directe et donnée.

V. Sans doute le droit international actuel comprend-il déjà des règles régissant l'utilisation des eaux internationales. Je cite pour mémoire le principe général de droit : *Sic utere tuo ut alienum non laedas*.

De ce principe une série de normes découle, que la coutume internationale et surtout, il est vrai, la coutume particulière ont développées et un nombre de traités ont formulées.

VI. A mon avis notre tâche ne peut se borner seulement à dégager les règles existant à l'heure actuelle, mais nous devons aussi faire des suggestions *de lege ferenda* sans confondre ces deux domaines de pensée. Le pivot de notre étude doit être en tout cas le droit existant.

VII. Quant au dégagement des règles de droit international positif qui existent actuellement, je peux me ranger entièrement à l'avis que vous avez exprimé de façon si magistrale, dans la partie VIII de votre Exposé préliminaire du mois de juillet.

D'ailleurs les faits qui sont exposés dans le livre de M. Berber dont je ne peux accepter les conclusions, ainsi que ceux qui sont inclus dans le rapport que l'Association américaine de Droit international a publié sur les discussions et les résolutions de la Conférence de l'Association de Droit international à Dubrovnik peut nous aider dans cette tâche difficile à dégager *in abstracto* les normes reconnues par l'opinion publique des Etats civilisés comme réglant en droit international l'utilisation des eaux internationales non maritimes.

VIII. Vous avez formulé d'une manière brillante les règles qui résultent de l'examen de ces faits. Toutefois je crois qu'il faut donner une réponse explicite aux questions suivantes que vous avez seulement effleurées.

1) Assez souvent, l'utilisation pour la navigation des eaux internationales non maritimes, et l'utilisation à d'autres fins se heurtent mutuellement. Y a-t-il en droit international existant une règle donnant la préférence à l'utilisation pour la navigation ? Je crois que *oui*.

Les intérêts de la navigation sur les eaux internationales établissent une limite absolue à l'utilisation pour d'autres buts, tolérés par le droit international.

De ce fait, on peut dégager une *obligation positive* des Etats lorsqu'ils utilisent les eaux qui traversent ou bordent leurs territoires. Tout Etat est tenu de procurer, voire d'établir les installations nécessaires qui garantissent la possibilité de la navigation ; par exemple : construction d'écluses lors de la construction d'un barrage.

2) Sous « changements interdits » doit-on comprendre également des « changements indirects » par exemple les changements provoqués par le fait que les eaux résiduelles des usines empoisonnent des eaux internationales non maritimes à tel point que la pêche d'un pays en souffre ? Aucun

changement direct n'est apporté à l'eau internationale en question, dans ce cas. Une utilisation a tout de même eu lieu qui a provoqué des dommages pour l'autre pays. S'agit-il ici seulement des avantages qu'un Etat riverain retire de l'eau sur une base d'égalité de droits ? Je crois qu'on ne peut pas considérer de telles immixtions sous cet aspect. Or, une autre question se pose : celle de l'obligation des Etats riverains de tolérer et d'accepter une utilisation des eaux internationales par d'autres États riverains qui nuisent à leurs propres intérêts.

3) A mon avis, deux principes généraux interviennent : le principe de la distinction entre l'utilisation ordinaire et extraordinaire et celui de la proportionnalité des intérêts divergents. Par le fait que certaines eaux non maritimes deviennent internationales un état de droit se dresse qui peut être comparé en quelque sorte au domaine public du droit interne (sans qu'on puisse parler dans ce cas d'un domaine public — au sens strict du terme — du droit international, comme dans le cas de la haute mer). Comme dans le cas du domaine public on peut parler d'une *utilisation ordinaire* à laquelle au moins chaque Etat riverain a droit, et d'une *utilisation extraordinaire*. Si un Etat riverain subit des dommages, causés par l'utilisation ordinaire par un autre Etat riverain de certaines eaux internationales non maritimes, il doit le tolérer et peut seulement sous certaines conditions demander une compensation matérielle ; mais il ne peut exiger en aucun cas la cessation d'une telle utilisation.

Si au contraire on se trouve devant l'utilisation extraordinaire qui endommage un autre Etat, cet Etat défavorisé a le droit de demander que l'Etat duquel provient ce dommage s'abstienne d'une telle utilisation extraordinaire. Si deux ou plusieurs Etats commencent à utiliser des eaux internationales non maritimes d'une manière extraordinaire et si l'une de ces

utilisations se heurte à l'autre, le principe de la *proportionnalité* s'adapte.

IX. La distinction entre l'utilisation ordinaire et extraordinaire s'applique surtout dans la solution de la question de savoir si un Etat riverain qui se propose d'aménager un cours d'eau intéressant d'autres Etats est obligé de demander le *consentement* de ces Etats. S'il s'agit d'une utilisation ordinaire, une telle demande ne peut être exigée, tandis que pour une utilisation extraordinaire ce consentement est normalement indispensable.

X. Quant au respect des droits acquis (priorité d'utilisation) le principe de la proportionnalité mentionnée ci-dessus joue le rôle décisif. Si les droits qu'un Etat riverain exige quant à l'utilisation libre des eaux internationales non maritimes sont proportionnellement comparables aux droits acquis d'un autre Etat riverain qui s'y oppose, les droits acquis prévalent. Si cette proportionnalité n'existe pas, les intérêts supérieurs et les droits plus vitaux prévalent même si plus tard on les fait valoir.

XI. J'hésite à accepter le renvoi à l'équité. En droit international, l'équité ne joue un rôle que *de lege ferenda* et on ne peut s'y référer en parlant du droit existant. D'ailleurs il me paraît inutile, si l'on applique, comme principe du droit existant, ce principe de la proportionnalité.

XII. Je considère les règles que vous avez formulées au § VIII de votre Questionnaire comme étant les normes du droit existant.

XIII. Comme je l'ai déjà mentionné dans les paragraphes ci-dessus, je crois qu'on peut clairement établir *un ordre de priorité* entre les différents modes d'utilisation, la navigation

précédant toute autre utilisation, l'utilisation ordinaire précédant l'utilisation extraordinaire, les droits acquis précédant les droits utilisés ou réclamés ultérieurement, et les droits plus vitaux précédant les droits de moindre importance.

XIV. Il me paraît opportun que le préambule de notre projet de Résolution contienne une formule recommandant aux Etats intéressés de s'entendre en vue d'une utilisation concertée plus complète des eaux que la nature met à leur disposition et d'envisager un aménagement en commun des systèmes entiers ou de leurs parties, si cela promet de donner de meilleures possibilités d'utilisation.

XV. A côté de ce que j'ai déjà proposé je ne vois aucune règle additionnelle que je puisse insérer au projet.

Je suis ravi de la manière dont le sujet est présenté dans votre Exposé préliminaire et je vous félicite de tout cœur de ce travail magistral.

Je vous prie de croire, mon cher et honoré Confrère, à mes sentiments dévoués.

von der Heydte

7. Observations de M. Herbert Kraus

Göttingen, le 10 novembre 1957.

Cher et très honoré collègue,

C'est avec le plus grand intérêt que j'ai pris connaissance de votre magistral exposé préliminaire concernant la question de l'utilisation des eaux internationales non maritimes, exposé dont les idées correspondent si largement aux miennes.

Je me permets de prendre position sur les divers chapitres de votre questionnaire, sans vouloir, toutefois, atteindre la perfection.

ad I. Il n'y a aucun doute qu'il est très souhaitable que les problèmes de l'utilisation des eaux internationales non maritimes soient traités comme faisant suite et en supplément aux Résolutions prises lors du Congrès de l'Institut en 1911 à Madrid, et ceci aussi bien *de lege lata* que *de lege ferenda*. (Quest. n° VI).

La raison en est d'abord la pénurie d'eau qui augmente rapidement dans de vastes parties du monde et ensuite les graves dangers pour la santé publique dus à l'altération croissante des eaux internationales, fait auquel la science n'a pas encore suffisamment prêté attention¹.

D'autre part, il est grand temps qu'on débrouille les conceptions et divergences scientifiques concernant notre problème pour trouver enfin un point de départ commun.

ad II. Je suis d'avis que la fixation d'un tel point de départ doit occuper le premier plan des délibérations de l'Institut, car, sans fondement, toute discussion de détails restera infructueuse. Vu la multitude de questions spéciales et de situations particulières, il est à peu près certain que les discussions sur les détails et les questions spéciales ne finiront jamais.

Il est en tout cas très souhaitable qu'on limite les discussions à des matières suffisamment étudiées et préparées pour être discutées. A mon avis, la question des priorités, par exemple, n'en fait pas partie (Quest. n° XIII) et pour la question XIV une certaine réserve s'impose.

ad III. Je suis absolument d'accord avec vous que non seulement la question des eaux coulant dans un lit doit être traitée, mais également la question des eaux souterraines, y compris les eaux de stratifications et les eaux phréatiques, ces

¹ Cf. l'exposé instructif dans l'ouvrage récemment paru de A. J. Karbe, *Wasser, Segen und Gefahr*, Freiburg i. Br., H. Klemm.

dernières gagnant sensiblement d'importance par l'augmentation continue des systèmes d'irrigation².

On devrait également discuter des lacs formés par les fleuves internationaux, sans oublier les voies navigables artificielles, car pour toutes ces eaux se posent les mêmes problèmes et s'offrent les mêmes solutions.

ad IV. Pour l'utilisation des eaux — à l'encontre de la navigation intérieure — non seulement les eaux intérieures *navigables*, qui passent par plusieurs Etats ou les séparent, peuvent être désignées comme faisant partie effectivement du cadre international, mais toutes les parties cohérentes du bassin d'un fleuve sont comprises, même si deux d'entre elles seulement appartiennent à de différents Etats, qu'elles soient navigables ou non, qu'elles soient des canaux ou des eaux naturelles.

Cet usage élargi de la définition est justifié par les « effets internationaux » nuisibles que les parties d'un système fluvial sous la souveraineté d'un Etat peuvent avoir sur la distribution des eaux d'un autre Etat par restriction, dérivation, captage ou utilisation des eaux.

ad V. Cet article touche au problème principal du droit international de l'utilisation des eaux en posant la question : « Est-ce que le droit international actuel comprend des règles régissant l'utilisation des eaux internationales ? »

On en attend visiblement une réponse à la question de savoir si le droit international actuel accorde aux Etats riverains d'un système fluvial international toute liberté de régler l'utilisation des eaux faisant partie de ce système placé

² On désigne par « eau souterraine » l'eau qui remplit les creux de la croûte terrestre, par « eau de stratifications » l'eau stagnant sur des roches imperméables et comme « eau phréatique » l'eau coulant librement dans le sol perméable.

sous leur souveraineté territoriale, sans égards aux autres Etats, ou si le droit international impose des restrictions à cette liberté souveraine en faveur des autres Etats riverains.

Cette question ne peut être séparée de la question n° VII qui dit : « Quels principes et règles peut-on dégager sur notre sujet du droit international positif ? »

Ces deux problèmes ne peuvent donc être traités qu'ensemble. L'existence d'une telle maxime de droit restrictive est reconnue affirmativement par la majorité des nomologues internationaux, bien que ce ne soit pas unanimement et bien qu'ils donnent des raisons différentes.

On a surtout affirmé que cette restriction serait basée sur un droit coutumier international, qu'elle serait une maxime juridique générale telle la règle *bona fides* ou bien l'interdiction d'abus de droit. On cite, en outre, des analogies du droit romain où l'on construit des servitudes d'Etat. On prétend également que cette règle serait le développement d'un droit de voisinage international, ce qui va ostensiblement contre les faits. On dit aussi qu'elle serait le résultat d'une communauté d'intérêts existante ou d'une interdépendance naturelle des Etats fluviaux.

Il m'est impossible d'être convaincu du bien-fondé de ces raisons.

Il en est autrement en ce qui concerne les arguments que le professeur Max Huber a formulés le premier et qui comprennent la maxime de droit évidente selon laquelle aucun Etat, en exerçant ses droits de souveraineté, n'a le droit de léser les droits d'un autre Etat (Principe de l'intégrité territoriale). Il faut ajouter que tout Etat est obligé d'empêcher toute lésion des droits d'un autre Etat par des particuliers.

Cette règle comprend également les amoindrissements de l'effectif et de l'état des richesses naturelles d'autres Etats et dont le volume d'eau naturel fait partie. « Volume d'eau

naturel » veut dire la quantité d'eau présente à l'intérieur du territoire d'un Etat qui, sans influence humaine, reste stable grâce à la cohérence de l'eau et en raison du remplacement continu de l'eau qui s'écoule par l'afflux d'eaux nouvelles, tant que des changements de climat ou d'autres phénomènes n'influencent pas leur volume.

En conséquence, toute privation et déviation d'eau qui entraîne une diminution nuisible du volume d'eau de l'Etat en question est inadmissible.

Il est surtout inadmissible de soustraire à un Etat à l'aide de canaux artificiels la quantité d'eau qui lui appartient d'après les règles citées ci-dessus.

Il est également inadmissible qu'un Etat fluvial cause des inondations sur le territoire d'un autre Etat par élévation artificielle du niveau d'eau.

Enfin, il est défendu d'altérer d'une façon qui porte préjudice à la santé publique des eaux s'écoulant dans le territoire d'un autre Etat.

ad VIII à XI. D'autres conséquences légales ne découlent pas, à mon avis, du principe *neminem laedere* ou d'une autre prescription du droit international, excepté le principe de la protection de droits acquis (cf. n° X du Questionnaire). Le droit international ne permet en aucun cas que l'Etat amont restreigne, en cas de besoin, la quote-part d'écoulement. L'Etat aval, de son côté, n'a pas le droit de demander à l'Etat amont une augmentation de la quantité standard lui revenant de droit, si ses besoins en eau sont croissants. Max Huber constate avec raison : « Aucun Etat n'est obligé d'attribuer des avantages à un autre Etat : son unique obligation est de ne pas lui nuire. » (Publié dans son article sur la doctrine de la souveraineté territoriale des cours d'eau contigus, dans *Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht* 1/1917, page 63).

ad XII. Dans tous ces cas, il reste aux Etats intéressés de se mettre d'accord par engagements contractuels, même s'il est question d'améliorations d'un cours d'eau (Quest. IX).

En vue d'une ordonnance internationale de l'utilisation des eaux basée sur les maximes d'une justice distributive et pour éviter des tensions, il est souhaitable d'apporter des améliorations et des compléments à l'ordonnance actuellement en vigueur qui est fragmentaire et peu satisfaisante.

Les points de vue élaborés dans l'Exposé préliminaire ensemble avec les points VIII et suivants du questionnaire peuvent parfaitement servir à ce but.

L'idée mentionnée sous le n° VIII du Questionnaire concernant la répartition des quantités d'eau disponibles d'après le principe d'un équilibre géométrique de traitement des Etats riverains m'a particulièrement impressionné.

Veillez agréer, mon cher et très honoré collègue, l'expression de mes sentiments dévoués.

Herbert Kraus

8. Observations de M. Fernand Muûls

Bruxelles, le 4 novembre 1957.

Cher et très honoré Confrère,

C'est avec un bien vif intérêt que j'ai pris connaissance de votre Exposé préliminaire sur « l'utilisation des eaux internationales, non maritimes, en dehors de la navigation ».

Je suis heureux de pouvoir me déclarer d'accord, dans l'ensemble, sur les propositions que vous formulez à ce sujet, et en particulier sur les bases juridiques sur lesquelles ces propositions sont établies.

A) — Plus précisément j'apprécie les considérations que vous développez quant à la nécessité de ne pas limiter le

sujet aux droits et obligations relatives au fleuve dénommé « international » du point de vue de la navigabilité, mais à l'étendre aux rapports de droit qu'engendre « la dépendance physique permanente des Etats » relativement au cours d'eau dont le bassin comprend une partie de leur territoire.

Il me paraît dès lors préférable d'éviter, dans l'énoncé de la tâche de la Commission, l'expression « eaux internationales » qui devrait rester réservée, selon la définition traditionnelle, au droit de la navigation. Dans le domaine de l'utilisation des eaux en dehors de la navigation, il s'agit d'ailleurs, moins de définir les règles d'une communauté de droits des Etats riverains par rapport à l'usage d'une voie d'eau, que d'établir les conséquences de l'obligation qui s'impose à un Etat de ne pas léser abusivement les intérêts d'un Etat voisin en matière d'utilisation par celui-ci de son domaine fluvial, c'est-à-dire relativement aux eaux se trouvant sur son territoire.

Le fait que la Commission est appelée à s'occuper des eaux souterraines (ou aussi, sans doute des infiltrations d'eaux polluées) indique que l'expression « eaux internationales » n'est pas adéquate.

Mais à un second point de vue également — l'exclusion des eaux maritimes — l'énoncé de la tâche de la commission offre, semble-t-il, un caractère d'ambiguïté. Sans doute il ne lui appartient pas de s'occuper du droit de la mer ; mais doit-elle écarter l'examen des rapports de droit résultant, par exemple, de la salaison des eaux fluviales d'un Etat par l'apport d'eaux marines à marée haute, du fait d'éclusages par l'Etat voisin ?

Enfin, si le droit de la navigation sur les fleuves internationaux doit rester en dehors de l'objet des études de la Commission celle-ci sera cependant, sans doute, amenée à formuler une opinion quant à la prédominance des intérêts

de la navigation sur les autres intérêts qui s'attachent à l'utilisation des cours d'eau.

En conclusion, il me paraît que la Commission a pour tâche l'étude « des règles de droit international relatives à l'utilisation — en dehors de la navigation — des eaux non maritimes de l'Etat ».

B) et C) — Pour déterminer le but assigné au travail de la Commission on doit se poser la question de savoir s'il lui faut se borner à définir les règles de droit existant ou s'il convient qu'elle fixe des normes *de lege ferenda*. On peut dire à cet égard que la circonspection souvent trop poussée quant à la reconnaissance de règles universellement admises aboutit finalement à entraver le but essentiel que s'est donné l'Institut, à savoir le progrès dans le développement du droit international. Par contre il convient, à mon avis, de distinguer ce qui découle directement des principes admis en la matière et, d'autre part, ce qui appartient à la réglementation pratique, dans des cas particuliers. A la différence des résolutions de l'*International Law Association*, celles de l'Institut me paraissent devoir s'attacher essentiellement à l'analyse des obligations juridiques fondamentales.

Celles-ci dérivent, selon votre opinion que je crois pouvoir partager, du droit de voisinage.

Ce droit implique l'obligation pour un Etat de réparer le préjudice injustement causé à un autre Etat, dans son droit d'utilisation des cours d'eau faisant partie de son domaine territorial.

Il comporte d'autre part l'interdiction de toute action ou omission ayant, soit pour but de nuire à l'Etat voisin, soit pour effet de porter un dommage considérable à ses intérêts. Par exemple il serait illicite de réduire le débit d'une rivière afin de favoriser la navigation sur une autre voie fluviale

concurrente, ou encore d'effectuer des ouvrages de telle manière que les intérêts de l'autre Etat ne soient pas sauvegardés dans la mesure des possibilités (quitte à offrir à celui-ci de préserver ses propres intérêts par un aménagement approprié des plans et moyennant une participation équitable aux frais de l'entreprise).

Il peut justifier l'obligation pour un Etat de demander l'autorisation préalable des travaux projetés.

Il implique dans une certaine mesure le respect des droits acquis.

De lege ferenda, il y aurait lieu de prévoir la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, en ce qui concerne les litiges dans lesquels le principe de la souveraineté de l'Etat sur son territoire est soumis à des exceptions : permettre à l'Etat d'être seul juge de l'étendue de ces exceptions, qui dérivent, non de son accord, mais de la nature même, est contradictoire.

D'autre part le développement le plus fécond du droit en la matière résultera sans doute des conventions particulières destinées à régler les intérêts communs — ou souvent opposés — des Etats concernant une voie d'eau qui traverse leur territoire. Dans une certaine mesure ces conventions constitueront la base de règles générales. Elles établiront le principe d'une gestion en commun de certains intérêts.

Voilà les réflexions que je me permets de soumettre à votre appréciation.

Pour le surplus votre Questionnaire judicieusement établi, couvre les différents aspects du problème. Je me permets d'y répondre ci-dessous succinctement et à titre provisoire.

I. D'accord sur l'opportunité de l'étude de l'utilisation des eaux internationales, sous réserve de mes observations quant à cette expression.

II. Etude progressive ; il est peut-être prématuré de vouloir en déterminer les étapes.

III. Oui.

IV. Oui.

V. Oui.

VI. Dégager les règles existantes en développant les conséquences qui se trouvent en germe dans les principes fondamentaux, aboutira — on peut l'espérer — à une clarification, dès à présent, du droit existant alors même que l'unanimité des Etats ne le reconnaîtrait pas comme tel. Je ne vois pas d'inconvénient à ce que, après avoir effectué cette première tâche, la Commission complète les Résolutions proposées à l'Institut, par certaines dispositions *de lege ferenda*.

VII. Voir *supra*.

VIII. 1° L'essentiel dans cette proposition me paraît être la restriction qui renvoie aux dispositions subséquentes.

2° « Dommage considérable pour le territoire d'autre Etat. » Je propose de supprimer dans cette phrase le mot « territoire ». Constitue un « dommage considérable pour un autre Etat, la ruine de son commerce maritime : ce ne serait pas nécessairement là un dommage à « son territoire ».

3° et 4° « La proportion des besoins » ou « les bénéfices proportionnels » sont des expressions qui manquent de précision. D'autant plus qu'il s'agira souvent de proportions à établir entre des intérêts de nature différente.

IX. Le consentement préalable est en pratique nécessaire : une fois l'aménagement réalisé, la lésion éventuelle des droits de l'Etat voisin subsistera en fait, les indemnités pécuniaires

n'étant le plus souvent pas susceptibles de réparer le préjudice. La nécessité d'un consentement préalable peut, par contre, aboutir soit à un projet commun d'aménagement, soit à un arbitrage avant qu'il ne soit trop tard.

X. Elle ne me paraît pas devoir être absolue, notamment si les droits acquis ne se trouvent en fait plus utilisés. Par contre un dommage grave à la situation acquise tombe sous le coup de la règle 2.

XI. Question peut-être prématurée qui peut dépendre de la formulation des règles précédentes.

XII. *Idem.*

XIII. Il ne me paraît pas possible d'établir un ordre de priorité absolu, le droit en la matière peut être différent selon les continents ou même selon les situations de fait particulières. Le détournement des eaux pour la réalisation de chutes peut, en Amérique, par exemple, être opéré dans un intérêt qui prime celui de la navigation ; il serait inadmissible sur le Rhin où l'intérêt de la navigation est prépondérant.

Je ne vois d'autre solution aux difficultés qui peuvent se présenter en pratique que le recours à l'arbitrage.

XIV. A réserver.

XV. A réserver.

XVI. A réserver.

Je vous prie d'agréer, mon cher et très honoré Confrère, les assurances de mes sentiments sincèrement dévoués.

F. Muûls

9. Observations de Mr. Quincy Wright

Norwich, Vt., U., Sept. 1, 1957.

Dear Mr. Andrassy,

I have examined your excellent Exposé for the ninth commission on the utilization of non-maritime international waters and want to congratulate you on the thoroughness of your study and the wisdom of your proposals. I find almost nothing with which I disagree as indicated by the following.

Question I, III, IV, V, IX, XI, XII, XIV. My answer is Yes.

Question II. I think our study should state general principles but should also seek to provide some guidance for the negotiation of agreements by the riparian states of particular international river systems.

Question VI. I think we should seek to formulate both existing rules of international law and rules deemed desirable.

Question VII. I have stated my opinion of both the existing law and desirable legislation in the accompanying very tentative draft. I put my ideas in this form for the sake of brevity with full realization that the preparation of a satisfactory draft will require much more study and discussion. The first three articles are intended to state present law, the last two, desirable agreements. You will note that I agree with your disposition to follow the principle of equitable apportionment rather than that of sovereignty of the territorial state. Your argument for the more liberal rule convinces me, especially in view of the increasing utilization of waters and the increased interdependence of riparian states on the great international river systems of the world.

Question VIII. I agree with the four rules you state, but suggest in the attached draft, with much hesitation, a form of statement in terms of permission to, and duties of, states; and of the definitions I have proposed for "internal waters", and "international water systems". My last two articles seek to balance the claims of states profiting from the *statu quo* with those desiring change, as guides to negotiation, in the spirit of your 4th rule.

Question X. I do not think acquired rights should establish an absolute bar to equitable apportionment, though they should be given consideration, as they are by existing law.

Question XIII. Under existing law I think rights of navigation have a priority, but I am not sure that this should be treated as an absolute rule. Equitable apportionment should, under present conditions, give consideration to the relative importance of various uses. Thus, relatively unimportant use of the lower part of a river for navigation should not prevent more important uses of the upper part for irrigation or power, but such apportionments would have to be accepted by the lower riparians.

Question XV. The problems of flood control and silting require consideration and the problems of navigation can not be entirely excluded because of their relation to other uses as indicated by Question XIII.

Question XVI. In general I agree with the manner in which you have treated the subject. My suggestions for change are largely formal as indicated by my answer to question VIII. It seems to me that "internal waters" should be thought of, not as waters with no international aspects, but as parts of water systems which are within a state's territory.

This is because so many of the important water systems in the world are in fact international. Even the Mississippi system, most of which is within the United States is fed by tributaries to the Missouri which rise in Canada.

Looking forward to seeing you at the Amsterdam meeting of the Institute,

Sincerely Yours,

Quincy Wright

Annexe to the letter of Mr. Quincy Wright

The Utilization of non-maritime international waters

Definitions : *Internal waters* include all lakes, rivers, canals, and other surface of subterranean waters within the territory of a state bounding its territory. An international water system includes all lakes, rivers, canals, and other surface or subterranean waters bounding states or flowing through the territory of more than one state toward a common terminal outlet in the ocean or an enclosed sea, and all waters tributary thereto.

1. A state may divert or utilize its internal waters for any purpose subject to its duties to other states set forth in the following articles.

2. A state has a duty not to divert its internal waters, constituting part of an international water system, or to utilize such waters or their watersheds in such a way as to change the natural flow, depth, levels, or purity of the internal waters of any other state, whether by diversion, floods, silting or pollution, and to cause considerable damage to the navigation, shore properties, fisheries, health, or scenery of that state.

3. A state has a duty not to divert or utilize waters, constituting part of an international water system, so as to deprive any other state with internal waters constituting part of that system of the opportunity to utilize, for irrigation, power, or other agricultural or industrial purpose, an equitable proportion of those waters. Such equitable proportion shall be measured by the proportion of the total system which constitutes internal waters of each state with internal waters in that system above that required to maintain navigation in the navigable portion of the system.

4. All states, the internal waters of which constitute an international water system, should negotiate in good faith to achieve agreement upon the apportionment of the waters of that system in accord with the principles stated in articles 2 and 3 ; and upon equitable contributions for the construction of dams and other works by upper riparian states to prevent flooding and silting, and for the costs of dredging and other operations by lower riparian states for the benefit of navigation.

5. Failure of states benefiting by existing international law to negotiate in good faith in accord with the above article should give states injured by the application of that law an equitable right to utilize their internal waters for beneficial purposes, subject to the claim to compensation by other states if the damages they have suffered have been disproportionate.

10. Observations de M. Plinio Bolla

Morcote, le 8 février 1958.

Monsieur et cher Confrère,

Je vous remercie de m'avoir donné l'occasion de prendre connaissance de l'Exposé préliminaire que vous avez présenté

à l'Institut de Droit international sur l'utilisation des eaux territoriales non maritimes (en dehors de la navigation). Je l'ai lu avec le plus vif intérêt et je vous en félicite.

Quoique je ne fasse pas partie de la Commission constituée par l'Institut de Droit international en vue de présenter un rapport sur cette question, vous me faites l'honneur de me demander mon avis sur votre Exposé préliminaire. Je vous le donne bien volontiers.

Je suis d'accord avec vous (partie I-C) que les règles *de jure condito* régissant les rapports internationaux en ce qui concerne l'utilisation des eaux ne sont que des règles de droit dispositif. Il en sera de même pour celles *de jure condendo*. Le projet de Résolution de l'Institut de Droit international devrait dès lors, selon moi, recommander aux Etats intéressés de s'efforcer tout d'abord de s'entendre en vue d'une utilisation concertée. La voie de la négociation apparaît en effet la plus appropriée pour leur permettre de trouver, dans chaque espèce et compte tenu des particularités de celle-ci, une solution qui sauvegarde, de la meilleure façon possible, tous les intérêts qui pourraient être engagés de part et d'autre. Il faut naturellement que la négociation se fasse dans le respect des règles de la bonne foi, c'est-à-dire que chaque Etat prenne en considération les différents intérêts en présence, cherche à leur donner toutes les satisfactions compatibles avec la poursuite de ses propres intérêts et montre qu'il a à ce sujet un souci réel de concilier les intérêts de l'autre riverain avec les siens propres.

L'entente pourrait être facilitée par un mécanisme de commissions paritaires, dans lesquelles les techniciens devraient être appelés à jouer un rôle important. Comme dernière ressource, il y aurait lieu de mentionner l'arbitrage.

Mais, dans cette dernière hypothèse, quelles sont les règles

de jure condito, d'après lesquelles les arbitres résoudreont les conflits d'intérêts ?

S'il existe un traité antérieur valable applicable au conflit, il doit naturellement être respecté dans toute sa portée.

A défaut d'un tel traité, il y a lieu de mettre sur le même pied deux principes : 1. chaque Etat a le droit de disposer des richesses hydrauliques de son territoire jusqu'au maximum possible de leur utilisation ; 2. il doit s'abstenir de tout changement qui soit susceptible de causer un préjudice considérable aux autres Etats riverains. Les deux règles peuvent conduire, dans un cas déterminé, à des solutions opposées et force est bien d'admettre qu'il y a alors *de jure condito* un hiatus.

De jure condendo, il ne reste, à mon avis, qu'à recourir à la pesée des intérêts ou, en d'autres termes, au principe de la proportion des besoins. On ne saurait établir un ordre de priorité dans les différents modes d'utilisation : l'irrigation par exemple peut présenter un tout autre intérêt pour un Etat agricole que pour un Etat industriel.

Si la règle générale de la proportion des besoins mérite d'être admise *de jure condendo*, je ne crois pas que, même à ce point de vue, on puisse aller dans plus de détails ; les circonstances sont trop variables d'un endroit à l'autre et d'une période à l'autre. Il conviendrait peut-être de mentionner la possibilité de compensation par exemple par la dérivation des eaux d'un bassin dans un autre ou par la fourniture gratuite d'une certaine quantité d'électricité.

En partant de ces quelques considérations générales, je répondrai de la façon suivante à votre Questionnaire :

I. Oui.

II. J'approuve le cadre que vous proposez pour les travaux actuels de la Commission.

III. Oui.

IV. Oui.

V. Oui, du moins deux règles très rigides et pouvant se révéler inconciliables.

VI. Notre tâche devrait consister aussi à formuler des règles *de jure condendo* ; il ne devrait s'agir que de quelques règles *standard*.

VII. et VIII. J'ai répondu ci-dessus.

IX. Non, mais bien de lui en donner préalablement avis.

X. La priorité d'utilisation ne confère pas un droit devant être considéré comme sacro-saint, mais constitue, à mon avis, un facteur, dont il y a lieu de tenir compte dans la pesée des intérêts.

XI. Le principe de la proportion des besoins me semble renfermer déjà un renvoi à l'équité ; le renvoi pourrait être explicite.

XII. J'ai répondu ci-dessus.

XIII. Non.

XIV. Oui.

XV. *De jure condendo*, avec allusion à la possibilité de compensations.

XVI. Aucune proposition.

Veillez agréer, mon cher Confrère, l'assurance de ma plus haute considération,

Plinio Bolla

**Utilisation des eaux internationales
non maritimes
(en dehors de la navigation)**

(Neuvième Commission)

2. Rapport définitif

présenté par

M. Juraj Andrassy

I. Introduction

En présentant, au nom de la neuvième Commission, le rapport définitif, le rapporteur a le devoir agréable de remercier les membres de la Commission de leur contribution à la réussite de l'œuvre. Le rapport provisoire a été distribué en août 1959 et les membres de la Commission ont eu la possibilité de l'étudier avant le début de la session de l'Institut qui a eu lieu à Neuchâtel en septembre. A l'occasion de cette session, les membres de la Commission présents à cette session se sont réunis trois fois et ont examiné le projet de Résolution élaboré par le rapporteur. Le résultat de ces délibérations a été un texte révisé du projet de Résolution¹. En se séparant, les membres de la Commission sont convenus de donner avant le

¹ Ce texte n'a subi, dans le présent rapport, que quelques modifications légères. Pour cette raison, le texte de Neuchâtel n'est pas reproduit en entier, et on trouvera, dans les notes ajoutées au projet de Résolution définitif, les passages de ce texte qui ont été modifiés.

31 décembre 1959 leurs observations supplémentaires sur le nouveau texte du projet de Résolution et sur l'ensemble du rapport provisoire. Ledit texte a été envoyé à tous les membres de la Commission avec la prière d'envoyer leurs observations dans le délai sus-mentionné.

Après la session de Neuchâtel, le Bureau de l'Institut a complété la Commission en désignant MM. Gros et de Luna comme nouveaux membres. En même temps, M. Liang a cessé d'appartenir à la Commission ².

Jusqu'à la date fixée à Neuchâtel, le rapporteur a reçu les observations de MM. Briggs, Castrén, Feinberg, Gros, Kraus, du baron Muûls, de M. Wright ainsi que de M. Bolla qui n'est pas membre de la Commission, mais qui a pris part aux délibérations de la Commission à Neuchâtel ³.

Bien que faisant des observations importantes sur des points de détail, les membres de la Commission se déclarent favorables à l'ensemble du projet de Résolution qui paraît, pour parler comme M. Briggs, satisfaisant. Les observations portent sur divers points du projet et seront mentionnées au cours du présent rapport.

M. Kraus s'est excusé de ne pas pouvoir faire des observations à cause de son état de santé. M. Colombos et le baron von der Heydte se sont déclarés d'accord avec la rédaction de Neuchâtel, M. Colombos en se réservant le droit d'émettre ses opinions à l'occasion de la discussion en session plénière.

² De cette façon, la neuvième Commission est composée des membres suivants : M^{me} Bastid, MM. Briggs, Castrén, Colombos, Feinberg, Gros, baron von der Heydte, MM. Kraus, de Luna, baron Muûls, MM. Sauser-Hall et Wright.

³ Les observations de M. Wright ont été communiquées à tous les membres de la Commission avec la mention que le rapporteur serait d'accord avec certaines suggestions qui y ont été faites. Quelques membres de la Commission se sont prononcés aussi sur ces suggestions.

De même M. Liang, après avoir étudié le projet de Neuchâtel, se déclare pleinement d'accord.

Entre temps, plusieurs faits importants se sont produits. En premier lieu, il faut signaler l'accord intervenu le 8 novembre 1959 entre la République Arabe Unie et le Soudan au sujet de l'utilisation des eaux du Nil. L'accord régleme la distribution des eaux disponibles, autorise les Parties à exécuter des travaux importants en vue d'une meilleure utilisation des eaux et prévoit leur coopération dans l'aménagement du fleuve. Le point de départ du règlement de distribution des eaux est la quantité d'eau actuellement utilisée par les deux Etats. Les Parties contractantes se reconnaissent réciproquement le droit de les utiliser dorénavant, et c'est à ce titre que la République Arabe Unie aura le droit de prélever 48 milliards et le Soudan 4 milliards de mètres cubes par an. Ensuite, en vue d'améliorer les conditions d'utilisation, la République Arabe Unie est autorisée à construire le barrage de Sudd el Aali, et le Soudan le barrage de Roseires et à entreprendre d'autres travaux nécessaires pour la meilleure exploitation de sa quote-part. Ensuite, en prenant comme base du calcul la moyenne annuelle de 84 milliards de mètres cubes (près d'Assouan) et évaluant les pertes d'évaporation au bassin de Sudd el Aali à 10 milliards de mètres cubes, les Parties contractantes sont convenues de distribuer les quantités dépassant les prélèvements à titre de droits acquis de telle façon que la République Arabe Unie reçoive 7,5 milliards et le Soudan 14,5 milliards de mètres cubes. Au total, la République Arabe Unie recevra du débit normal (moyen) 55,5 milliards et le Soudan 18,5 milliards de mètres cubes. Le surplus dépassant le total de 84 milliards de mètres cubes sera réparti à parts égales entre les deux Etats intéressés. Adoptant pour le surplus le principe de distribution à parts égales, les Parties contractantes exécuteront en commun des travaux tendant à réduire les pertes très importantes que subissent les

eaux du Nil en traversant le Soudan. Les surplus d'eau qui en résulteront seront aussi distribués à parts égales. Mais si la République Arabe Unie éprouve le besoin de procéder à ces travaux avant que le Soudan le juge nécessaire pour subvenir à ses propres besoins, la République Arabe Unie pourra le faire à ses frais et bénéficier seule de toutes les quantités ainsi recouvrées aussi longtemps que le Soudan ne réclamera pas sa part, mais à ce moment il devra verser la quote-part correspondante (au maximum la moitié) des frais d'aménagement encourus. L'accord prévoit aussi une Commission technique mixte à instituer par les Parties contractantes et leur action concertée en cas de négociations avec d'autres pays riverains du Nil ou de ses affluents. S'il faut reconnaître à l'un ou l'autre de ces riverains le droit d'utilisation de quantités déterminées des eaux du Nil (ou de ses affluents) les déductions nécessaires seront supportées par les deux Etats contractants à parts égales.

On peut tirer de l'accord certains enseignements quant à notre sujet. Quoiqu'il s'agisse d'un règlement conventionnel qui peut différer des règles du droit commun, il faut retenir que l'accord part de la reconnaissance des droits acquis au titre de l'utilisation antérieure (ceux-là étant aussi d'origine conventionnelle). La distribution des eaux est aussi conventionnelle et ne pourrait pas servir d'indication pour la détermination d'une règle de droit générale, exception faite des dispositions qui ont trait aux travaux exécutés, éventuellement, par la République Arabe Unie à ses frais sans la participation du Soudan et qui lui reconnaissent le droit d'utiliser les eaux gagnées par ces travaux jusqu'au moment où le Soudan demanderait à participer à l'utilisation en payant la part correspondant aux frais d'aménagement. Rappelons à ce sujet les dispositions analogues, mentionnées dans l'exposé préliminaire, sur la rivière Kunene. L'accord montre aussi l'importance et l'utilité des commissions mixtes. Mais, en premier lieu, il sera un bon exemple pour

appuyer les constatations du préambule de notre projet de Résolution sur les avantages de la voie de l'entente et de la coopération entre riverains ainsi que la disposition de l'article 8. Les dispositions de l'accord concernant les dommages-intérêts à payer pour l'évacuation de la région soudanaise qui sera submergée par la construction du barrage de Sudd el Aali correspondent aux principes généraux du droit international régissant cette matière. Une sorte de clause *rebus sic stantibus* oblige les Parties à soumettre à la révision les calculs basés sur les moyennes des quantités d'eau et d'évaporation.

Quant à l'application des règles de notre projet, il faut noter que les Parties reconnaissent les règles des articles 2 et 3 du projet. Puisqu'il y avait concurrence des droits d'utilisation, les Parties sont tombées d'accord sur une distribution qu'elles considèrent comme équitable. Dans les négociations qui ont précédé l'accord, chacune des Parties a fait valoir ses besoins, et l'accord représente une transaction qui en tient compte : l'Égypte ayant reçu au titre des droits acquis la jouissance de quantités d'eau bien supérieures à celles qui sont accordées au Soudan, la distribution du surplus sera faite de façon à permettre au Soudan d'atteindre un équilibre qui sera en accord avec les proportions des besoins. Toutefois, les quantités qui ne peuvent être obtenues que moyennant l'exécution de travaux supplémentaires seront partagées à parts égales, ce qui correspondra à la proportion des frais à supporter. En donnant leur consentement réciproque aux travaux à entreprendre, les Parties contractantes ont agi conformément à la règle de l'article 5 du projet, et les dommages-intérêts à payer au Soudan sont conformes à la règle de l'article 6. Il y avait eu objection de la part du Soudan aux travaux projetés par la République Arabe Unie, et les Parties sont entrées en négociations (article 8 du projet). Puisqu'il n'y avait pas de dommage sérieux pour les États tiers, les parties n'ont pas été obligées de donner avis préalable aux

autres riverains (article 7). Toutefois, elles prévoient l'éventualité que d'autres Etats riverains réclament des quantités d'eau afin de pourvoir à leurs besoins. Les Parties reconnaissent qu'il faudra donner suite à ces demandes, ce qui confirme les règles des articles 2 et 3. Au contraire, l'accord fournit une preuve de l'affirmation que la pratique internationale ne connaît pas de règle disposant qu'un bassin fluvial doit être traité comme un tout (principe I de la Résolution de New-York)⁴. Les Etats contractants se sont entendus sur les travaux à entreprendre sans avoir envisagé que de traiter le bassin fluvial comme un tout commanderait peut-être d'autres travaux servant mieux la totalité des intérêts. En ceci, les deux Parties contractantes ont plutôt suivi la ligne de conduite approuvée par la sentence arbitrale sur le lac Lanoux.

Un autre fait à signaler est l'intérêt accru des milieux internationaux officiels pour la question de l'utilisation des eaux. Le 5 octobre 1959, la délégation de Bolivie à l'Assemblée générale des Nations Unies a déposé un projet de Résolution proposant de demander à la Commission du Droit international d'inclure dans le programme de ses travaux la codification des règles concernant l'utilisation et l'exploitation des voies d'eau internationales et la navigation sur celles-ci, et de charger le Secrétariat d'entreprendre, en collaboration avec ladite Commission, une compilation, classification et analyse des pratiques ayant force de droit en matière d'utilisation des fleuves internationaux. La proposition est inspirée par le désir d'introduire uniformité et ordre dans les règles appliquées dans la pratique des Etats en ce qui concerne l'utilisation des voies d'eau internationales et leur navigation. Après un débat prolongé au sein de la sixième Commission de l'Assemblée générale, la délégation bolivienne a révisé sa proposition et la Résolution a été

⁴ Voir notre rapport provisoire, section III-1, 2°.

adoptée dans une forme révisée qui est conçue dans les termes suivants :

L'Assemblée générale,

Considérant qu'il est souhaitable d'entreprendre des études préliminaires sur les problèmes juridiques que posent l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux, afin de déterminer si la question se prête à codification,

Prie le Secrétaire général de préparer et de communiquer aux Etats Membres un rapport contenant :

- a) Les renseignements fournis par les Etats Membres au sujet de leur législation en vigueur en la matière et, le cas échéant, un résumé de ces renseignements ;
- b) Un résumé des traités bilatéraux et multilatéraux en vigueur ;
- c) Un résumé des décisions rendues par les tribunaux internationaux, y compris les sentences arbitrales ;
- d) Un tableau d'ensemble des études qu'effectuent ou ont effectuées les organisations non gouvernementales s'occupant du droit international ⁵.

L'initiative de l'Assemblée générale trouvera d'ailleurs un champ déjà bien préparé. L'exposé préliminaire et le rapport provisoire ont mentionné quelques activités des Nations Unies et des institutions spécialisées dans notre domaine. Un bulletin d'information du Secrétariat des Nations Unies donne des renseignements plus amples sur le développement récent de ces activités ⁶. On vient de créer, au sein du Secrétariat un centre pour le développement des ressources d'eau (Water Resources Development Center). Une publication très utile est due aux soins de la Commission économique pour l'Europe : une liste provisoire des accords internationaux concernant les transports

⁵ A/RES/1401/XIV, adoptée le 21 novembre 1959 par 63 voix contre zéro, et 3 abstentions.

⁶ *Press Release* EC/1962 et EC/1962/Add.1 du 1^{er} juillet 1959.

dont une section est consacrée aux transports par voies navigables⁷. Les accords sur les cours d'eau seront de même consignés dans une liste préparée à l'Université de New-York⁸, et sa publication est promise pour le mois de février 1960. Une étude approfondie des questions concernant le droit international régissant les eaux internationales est lancée par la Duke University sous la direction du professeur Arthur Lawson⁹. Ainsi de nouvelles études se joignent à celles déjà entreprises auparavant. Parmi celles-là, les travaux de l'*International Law Association* s'acheminent vers leur achèvement ; on espère les voir terminés à la Conférence de Hambourg en août 1960. Le comité de l'Association, présidé par M. Knauth, s'est réuni à Amsterdam en décembre 1959 et a pris en considération les rapports des rapporteurs spéciaux. M. Cohen a donné un rapport sur l'utilisation des eaux en dehors de la navigation, et M. Cuperus sur la pollution. Une nouvelle réunion est projetée pour le mois de mai 1960, ce qui permettra de préparer des rapports définitifs et des propositions mûries pour la Conférence de Hambourg. Le rapporteur, M. Cohen, propose de maintenir la Résolution de New-York tout en changeant l'ordre de certains numéros des dix recommandations qui en font partie.

⁷ *Economic Commission for Europe, Inland Transport Committee : Provisional List of Multilateral and Bilateral Conventions, Treaties, Agreements, etc. Concerning Inland Transport in Europe. Côte : W/TRANS/265* du 3 juillet 1959.

⁸ *Survey of Rivers Agreements*, sous la rédaction des professeurs Cecil J. Olmstead et Joseph M. Sweeney. Le professeur Olmstead a aussi préparé une vaste bibliographie comprenant plus de 2100 titres : *Bibliography on the Law and Uses of International Rivers*. New York, School of Law, 1960.

⁹ Voir aussi : *River Basin Development*, série d'articles publiés dans la revue de ladite Université "School of Law" : *Law and Contemporary Problems*, XXII, No. 2, Durham N.C., 1957.

II. Commentaire du projet de Résolution définitif

La réunion de Neuchâtel a permis aux membres de la Commission de discuter aussi bien des lignes générales que des dispositions individuelles du projet de Résolution. L'accord sur les lignes générales déjà perceptible à travers les observations à l'exposé préliminaire s'est confirmé de façon non équivoque dans les discussions qui ont eu lieu à Neuchâtel. Ceci fait, il s'agissait de donner au projet sa forme définitive. A cet effet, le texte de l'Avant-projet a été soumis à un examen approfondi et a reçu sa forme actuelle. Les détails de ce remaniement seront indiqués dans le commentaire des dispositions respectives du projet. Les observations que le rapporteur a reçues après la session de Neuchâtel ne portent que sur les détails et seront aussi discutées dans le commentaire. Dans ces circonstances, le rapporteur a pu se limiter à donner un rapport définitif aussi bref que possible, les questions de principe ayant été suffisamment éclaircies dans l'exposé préliminaire et dans le rapport provisoire et n'ayant pas été évoquées de nouveau dans cette dernière étape du travail de la Commission. Il ne nous reste qu'à donner le texte du projet définitif de Résolution en l'accompagnant d'un commentaire expliquant les changements subis.

Le préambule

Des changements infimes se sont produits à Neuchâtel dans les alinéas 4, 5 et 6 du préambule. Il y a aussi quelques observations et suggestions le concernant. M. Feinberg aimerait voir le mot « considérant » et « reconnaissant » au lieu de « constant ». C'est une pure modification de style, et le rapporteur la signale aux membres de l'Institut sans procéder de sa propre initiative au changement suggéré.

Il y a un changement plus important quant à la forme de la part de M. Gros qui propose de fusionner les deux premiers considérants du préambule. Le rapporteur le signale aussi sans le proposer : il préfère les deux considérants séparés comme ils ont été adoptés à Neuchâtel.

M. Gros a aussi certains doutes en ce qui concerne les troisième, quatrième et cinquième considérants. Il se demande s'ils sont nécessaires. Son objection est dirigée en premier lieu contre le troisième considérant dont l'idée peut être exacte dans certains cas, tandis qu'elle peut ne pas l'être dans d'autres. Il me semble que c'est exactement ce que dit la formule actuelle, puisqu'elle contient le mot « peut ». Peut-être que les quatrième et cinquième considérants devraient plus précisément exprimer la même chose, et c'est pour cette raison que le rapporteur propose de restituer le texte de l'Avant-projet en substituant le mot « peut » aux mots « est de nature » et en interpolant le mot « souvent » avant « préférable ». Mais il serait aussi disposé, si la majorité le désire, de donner suite aux propositions de M. Gros quant aux altérations des quatrième et cinquième considérants. Toutefois, le maintien de ces considérants lui semble tout à fait justifié. Quant à la proposition de M. Feinberg concernant les mêmes considérants, le rapporteur se déclare en faveur du texte actuel qui a le consentement de la grande majorité de la Commission.

Article premier

Le texte de l'Avant-projet a été modifié à Neuchâtel par l'insertion des mots « et recommandations », et n'a rencontré, depuis, aucune objection.

Articles 2 et 3

A Neuchâtel, le texte de l'article 2 de l'Avant-projet a été scindé en deux. M. Gros est de l'avis qu'on pourrait fusionner

les deux articles de la nouvelle rédaction. Le rapporteur ne voit pas d'objection à revenir à la rédaction de l'Avant-projet, mais il est en faveur de la rédaction présente qui a rallié la majorité des membres de la Commission. Les deux articles nouveaux ne changent en rien le sens et la portée de l'article 2 de l'Avant-projet. Les modifications qui s'y trouvent sont en partie nécessaires à cause de la division de la phrase en deux articles. A l'article 2, on a ajouté d'une manière expresse les limitations imposées par le droit conventionnel, ce qui a été sous-entendu dans la rédaction de l'Avant-projet. Sauf l'observation de M. Gros susmentionnée, il n'y a pas d'observations sur les deux articles en question.

Article 4

L'article 3 de l'Avant-projet a gardé son sens tout en subissant des modifications importantes. Le début de la phrase indique plus clairement ce qui a été sous-entendu dans le texte antérieur. La nouvelle formule a retenu la proportion des besoins comme base de distribution en cas de concurrence des droits d'utilisation, mais elle substitue la notion de distribution équitable à celle des droits égaux. Etant donné que la base de distribution reste la même, la modification apportée paraît acceptable pour tous ceux qui sont d'accord avec le principe de l'ancien article 3. Elle correspond d'ailleurs aux observations et considérants qui se trouvent à la section III-4 du rapport provisoire.

M. Gros déclare ne pas être d'accord avec l'idée de l'article 4. Il se demande pourquoi un Etat qui, sans causer aucun dommage à un autre Etat, a supporté tous les frais d'un aménagement, devrait distribuer une partie des bénéfices à ce dernier Etat. En l'absence de dommages, toute participation à des bénéfices aurait le caractère d'un enrichissement sans cause. Le rapporteur se permet de renvoyer à quelques exemples du

droit conventionnel où la question a été réglée d'une façon satisfaisante : l'accord du 1^{er} juillet 1926, conclu entre le Portugal et l'Union Sud-Africaine au sujet de l'utilisation de la rivière Kunene, mentionné à la section VIII-4 a) de l'exposé préliminaire, et l'accord du 8 novembre 1959, conclu entre l'Egypte et le Soudan au sujet de l'utilisation des eaux du Nil. En vertu de l'article III-2 de ce dernier accord, la R.A.U. peut entreprendre des travaux d'aménagement si elle en éprouve le besoin sans la participation du Soudan et reçoit, dans ce cas, tous les bénéfices qui en résultent jusqu'au moment où le Soudan déclare prétendre recevoir sa part de bénéfices en remboursant à la R.A.U. la part correspondant aux frais encourus. Un arrangement analogue se trouve dans le premier des accords susmentionnés. Le rapporteur ne partage pas les craintes de M. Gros. L'article 4 joue dans l'hypothèse d'une concurrence des droits d'utilisation. On peut difficilement trouver dans le libellé de l'article 4 que l'Etat qui entreprend des travaux soit obligé de consentir à la participation aux bénéfices sans apport correspondant aux frais. C'est justement dans l'hypothèse de M. Gros que l'article assure le progrès en permettant à l'Etat qui est plus avancé dans le programme de ses travaux, et qui en éprouve plus tôt le besoin, de procéder à des aménagements à ses propres frais, tout en ayant le devoir de partager les bénéfices avec les autres intéressés qui s'associent plus tard à lui.

Il y a aussi une observation de M. Wright au sujet de l'article 4. Ce sont les mots « doit intervenir » qui lui semblent introduire un doute quant à la portée de cette disposition. Le rapporteur est enclin à croire que l'article 4 dans sa forme présente ne dit pas plus que ne disait l'ancien article 3. Il maintient la formule de Neuchâtel à laquelle ont consenti les membres de la Commission y présents, mais serait disposé à ce qu'une autre expression remplace les mots « doit intervenir ».

Article 5

L'article 4 de l'Avant-projet a été également modifié dans ses formules, mais son sens n'a pas été altéré. Le rapporteur espère qu'il a gagné par là en précision. L'article 5 a trait tant aux travaux qu'aux utilisations effectuées sans aménagement spécial. Aussi le terme « altération » est mieux précisé étant remplacé par les mots « modification ou altération ». Il y a ensuite une amélioration de l'expression en parlant de la lésion des droits au lieu du dommage.

L'article 5 a été l'objet de plusieurs observations. Le baron Muûls a exprimé certains doutes quant à la portée de la disposition. Il se réfère à un passage de la section III-5 du rapport provisoire et produit le cas où des travaux d'endiguement dans la partie d'aval portent atteinte à la navigation dans cette partie sans avoir des suites pour la navigabilité sur la partie d'amont du même cours d'eau. Le rapporteur ne croit pas que les dispositions du projet de Neuchâtel (ou de l'Avant-projet) soient de nature à exclure, en ce qui concerne les travaux dans le domaine fluvial, la responsabilité qu'un Etat peut encourir sur la base d'autres dispositions du droit coutumier ou conventionnel, ce qui est expressément mentionné à l'article 2. En particulier, notre projet ne met nullement en question la portée des Résolutions antérieures de l'Institut comme celle de 1887 sur la navigation fluviale.

M. Gros suggère une modification qui, d'une part, se rapproche de la tournure de l'Avant-projet, et qui, d'autre part, remplace le terme « léser sérieusement » par « causer un préjudice grave et permanent ». Quant à l'élément de permanence, le rapporteur ne propose pas de l'accepter, puisqu'il peut s'agir aussi des préjudices très sérieux de caractère transitoire qui devraient aussi être pris en considération. En ce qui concerne la qualification du préjudice, il lui paraît aussi que l'adjectif

« sérieux » ou « considérable » mérite d'être choisi de préférence à celui de « grave ». Il est, en conclusion, pour le maintien de la formule adoptée par la majorité de la Commission.

Article 6

L'article 5 de l'Avant-projet a subi des modifications légères et sans portée, mais, en revanche, il a rencontré le plus grand nombre d'observations. Il y a d'abord une modification suggérée par M. Wright de substituer au terme « possibilité » un autre qui correspondrait mieux au terme anglais « opportunity ». Cette suggestion est approuvée par M. Feinberg, et le baron Muûls propose le terme « faculté ». Le rapporteur propose d'adopter cette modification. Le baron Muûls est l'auteur d'une suggestion dont l'essentiel est de substituer les mots « juste réparation » aux mots « compensation adéquate ». De l'avis du rapporteur, la dernière expression est plus large et couvre d'autres formes qui ne sont pas comprises par le terme « réparation ». Il renvoie à la discussion des diverses propositions contenues à la section III-6 du rapport provisoire et se rallie à la formule qui a reçu les suffrages des membres de la Commission présents à Neuchâtel.

Le rapporteur propose d'adopter la suggestion de M. Feinberg de substituer au mot « opposant » les mots « qui soulève des objections », puisque la même substitution a déjà eu lieu à l'article 8. Le même remplacement est proposé aussi pour l'article 10. Au contraire, le rapporteur ne croit pas qu'il soit nécessaire d'ajouter un renvoi à l'article 4. Outre qu'elle n'est pas nécessaire, cette addition alourdirait la phrase.

Une interprétation spéciale du contexte des articles 5 et 6 conduit M. Briggs à mettre en doute le bien-fondé de la disposition de l'article 6 ou, au moins, de la place qui lui est assignée.

Le rapporteur ne croit pas qu'on puisse donner cette interprétation à l'article 6 et au rapport entre celui-ci et l'article précédent, et il maintient ce qu'il a exposé dans son rapport provisoire. Il propose de retenir l'article 6 tel qu'il est conçu avec la légère modification suggérée par M. Feinberg.

Article 7

L'article 6 de l'Avant-projet a été divisé, la fin de la phrase devenant la première partie de l'article 8, et le reste figurant à l'article 7 de la rédaction de Neuchâtel. Il y a là une altération importante. Dans l'Avant-projet, la disposition a été rédigée dans la forme d'une recommandation, mais le rapporteur s'est déclaré d'accord de transformer la recommandation en obligation (section III-8 du rapport provisoire). Sans vouloir prétendre qu'il s'agisse de *lex lata*, la formule de Neuchâtel renforce l'énoncé de l'article 7 et marque ainsi la tendance qui se fait jour dans la pratique internationale. L'accord du 8 novembre 1959 sur les eaux du Nil prévoit aussi l'obligation de préavis.

Il n'y a pas eu d'observations au sujet de l'article 7.

Article 8

En réunissant une partie de l'article 6 de l'Avant-projet avec les dispositions de l'article 8, on est arrivé à une rédaction plus claire. Toutefois, il faut noter la disparition de l'article 7 de l'Avant-projet motivée par le fait que celui-ci reproduit une obligation imposée par la Charte et qu'il est, pour cette raison, superflu. Il faut, quand même, souligner que l'absence de cette disposition ne signifie pas que l'Institut néglige les possibilités indiquées à l'article 33 de la Charte. L'article 8 actuel doit être interprété dans ce sens que son alinéa premier implique que les

parties en cause utilisent, le cas échéant, tous les moyens appropriés pour parvenir à un accord. Si cette interprétation ne s'imposait pas avec toute la clarté désirée, il faudrait quand même penser à mentionner ces moyens.

Le rapporteur accepte la suggestion de M. Wright, soutenue par M. Feinberg, de remplacer le mot « recommandé » par « désirable ». L'autre proposition de M. Wright concernant l'article 8 ne paraît pas être nécessaire et serait peut-être inacceptable pour des raisons indiquées par M. Feinberg.

Article 9

La suppression des mots « ou la recherche des solutions par un des moyens pacifiques » appelle la même observation qui a été faite à l'article précédent. En tout cas, la disposition de cet article doit être entendue de façon qu'elle est applicable aussi en cas de recours à tout moyen de règlement pacifique.

L'article 9 n'a rencontré aucune observation de la part des membres de la Commission.

Article 10

L'alinéa 2 de cet article a subi deux modifications importantes. La première clarifie sa portée en déterminant qu'en cas d'un refus de l'arbitrage ou du recours à la Cour internationale de Justice les sanctions ne frappent que l'Etat qui s'oppose aux travaux projetés. Il ne peut pas en être autrement. Les mêmes sanctions ne peuvent pas frapper la partie qui se propose d'exécuter des travaux. Celle-là reste soumise aux autres dispositions du projet et aux règles du droit international commun. Elle n'est pas non plus déliée de ses responsabilités en cas de refus de l'autre partie de se soumettre à l'arbitrage ou à la Cour. Le membre de phrase ajouté à la fin de cet

article a pour but de préciser l'existence de ces responsabilités. A cet endroit, il y a une lacune signalée par M. Wright qui propose d'ajouter un troisième alinéa indiquant que les travaux proposés doivent rester en suspens jusqu'au moment où un organe impartial décide de la question de savoir si les travaux projetés lèsent sérieusement le droit d'utilisation de l'Etat qui soulève des objections. Il me semble qu'une telle disposition donnerait un avantage considérable à cette partie en lui donnant ainsi la possibilité d'arrêter la procédure et d'exercer une pression injustifiée envers l'autre partie. Il faut espérer que la lacune signalée pourra être comblée par une interprétation plus stricte des obligations découlant de l'article 33 de la Charte. Pour le moment, il faut se rendre compte de l'existence de certaines imperfections du droit international.

La substitution des mots « soulève des objections » au lieu de « s'oppose » est due à la proposition de M. Feinberg, mentionnée dans le commentaire à l'article 6. Au contraire, le rapporteur ne se rallie pas à la proposition de M. Feinberg concernant l'ordre de l'emploi des moyens de règlement qui sont mentionnés à l'alinéa premier. Pourtant, il signale cette idée à l'attention de ses Confrères.

(Zagreb, le 25 février 1960.)

Projet de Résolution définitif

L'Institut de Droit international,

Constatant que la règle de ne pas porter un préjudice illégitime à autrui est un des principes fondamentaux régissant les rapports internationaux de voisinage en général,

Constatant que le principe s'applique aussi aux rapports provenant des utilisations diverses des eaux,

Rappelant, d'autre part, qu'une utilisation basée sur des plans communs et des concessions réciproques peut donner des résultats supérieurs à ceux qui sont obtenus par chacun des Etats intéressés procédant individuellement et se prévalant exclusivement de leurs droits reconnus par le Droit international,

et qu'une combinaison des efforts et des plans d'utilisation des eaux d'un bassin fluvial intéressant plusieurs Etats peut donner des avantages supérieurs et une utilisation plus complète pour tous les Etats intéressés¹,

que, partant, la voie d'entente et d'utilisation basée sur un accord commun est souvent préférable à celle qui ne se prévaut que du droit en vigueur¹,

constate l'existence en droit international des règles suivantes et formule les recommandations ci-après :

¹ Texte rédigé à Neuchâtel :

« et qu'une combinaison des efforts et des plans d'utilisation des eaux d'un bassin fluvial intéressant plusieurs Etats *est de nature* à donner des avantages supérieurs et une utilisation plus complète pour tous les Etats intéressés,

que, partant, la voie d'entente et d'utilisation basée sur un accord commun *est préférable* à celle qui ne se prévaut que du droit en vigueur, »

Article premier

Les règles et recommandations ci-après s'appliquent à l'utilisation des eaux faisant partie d'un bassin fluvial qui s'étend sur le territoire de deux ou plusieurs Etats.

Article 2

Sous réserve des limitations imposées par le droit international général et conventionnel et des dispositions des articles qui suivent, tout Etat a le droit d'utiliser les eaux qui traversent ou bordent son territoire.

Article 3

En faisant valoir ledit droit, tout Etat est tenu de respecter le droit d'utilisation des autres Etats intéressés au même cours d'eau ou bassin fluvial.

Article 4

En cas de concurrence des droits d'utilisation, doit intervenir entre les Etats intéressés une distribution équitable des bénéfices, en prenant comme base la proportion de leurs besoins respectifs.

Article 5

Sont interdits les travaux ou utilisations qui impliqueraient une modification ou une altération quelconque de nature à léser sérieusement le droit d'utilisation d'un autre Etat intéressé aux eaux du même cours d'eau ou bassin fluvial.

Article 6

Toutefois, l'Etat qui se propose d'entreprendre des travaux en vue d'un meilleur aménagement, peut le faire en assurant à l'Etat qui soulève des objections la faculté² de jouir des bénéfices proportionnels auxquels il a droit et une compensation adéquate pour les pertes et dommages subis.

Article 7

Dans le cas où un dommage sérieux pourrait être causé par des travaux d'aménagement, l'Etat qui se propose de les entreprendre en donnera avis préalable aux Etats intéressés.

Article 8

En cas d'objection, les Etats entreront en négociations en vue de parvenir à un accord dans un délai raisonnable.

A cet effet, il est désirable³ que les Etats intéressés aient recours aux expertises techniques et éventuellement aux organismes appropriés, paritaires ou internationaux, pour arriver à des solutions assurant les plus grands avantages pour tous les intéressés.

Article 9

Durant les négociations, les Etats intéressés devraient s'abstenir d'exécuter des travaux d'aménagement faisant l'objet du différend ou tous autres travaux susceptibles d'aggraver le conflit ou rendre l'entente plus difficile.

² Texte rédigé à Neuchâtel : « en assurant à l'Etat *opposant* la *possibilité* »...

³ Texte rédigé à Neuchâtel : « A cet effet, il est *recommandé*... »

Article 10

Si les Etats intéressés n'arrivent pas à un accord dans un délai raisonnable, toute partie peut proposer que la question de savoir si l'aménagement projeté est contraire aux règles ci-dessus soit soumise à un tribunal arbitral ou à la Cour internationale de Justice.

Si l'Etat qui soulève des objections aux travaux ⁴ projetés ne consent pas à l'arbitrage proposé ou refuse de se soumettre à la juridiction de la Cour, l'autre Etat est libre de procéder aux travaux en question, tout en restant soumis aux obligations qui découlent des dispositions des articles 2 à 6.

⁴ Texte rédigé à Neuchâtel : « Si l'Etat *qui s'oppose* aux travaux... »

ANNEXE

Observations de membres de la neuvième Commission et de M. Plinio Bolla en réponse au rapport provisoire de M. Juraj Andrassy du mois d'avril 1959 et au projet de Résolution tel qu'il a été amendé à Neuchâtel en septembre 1959

1. Observations de Mr. Herbert W. Briggs

Ithaca, New York, December 22, 1959.

My dear Colleague,

I find the *Projet de Résolution sur l'Utilisation des Eaux* which emerged from our discussions at Neuchâtel a marked improvement over earlier drafts and, on the whole, satisfactory. My remaining difficulties arise from doubts as to the clarity of some provisions and of their purport rather than from any disagreement with our common aim.

Article 4 of the Neuchâtel draft of September 11, 1959, reads :

En cas de concurrence des droits d'utilisation, doit intervenir entre les Etats intéressés une distribution équitable des bénéfices, en prenant comme base la proportion de leurs besoins respectifs.

I have difficulty in understanding the purport of "doit intervenir", although it may be due to my insufficient knowledge of the French language. At the minimum, Article 4 appears to provide that in case of conflicting rights to utilization, the standard to apply is an equitable distribution of benefits, taking as basis the proportionality of needs.

Do the words "doit intervenir" go beyond the formulation of a standard so as to indicate an obligation on the interested

States to arrive at an equitable distribution on the basis of proportionality of needs? If so, is this obligation being set forth as an existing rule of international law or as a recommendation?

If our purpose in Article 4 is not to assert an obligation to take action in case of conflict of rights but merely to formulate with more precision the standard implicit in Articles 2 and 3 of the Neuchâtel draft, we might avoid the ambiguity by omitting the words "doit intervenir" and providing that in case of conflict of rights of utilization the relevant principle of international law is one establishing equitable distribution based upon proportionality of needs as the appropriate standard.

My next difficulty has to do with the relation of Articles 5 and 6 of the Neuchâtel draft. By Article 5 :

Sont interdits les travaux ou utilisations qui impliqueraient une modification ou une altération quelconque de nature à léser sérieusement le droit d'utilisation d'un autre Etat intéressé aux eaux du même cours d'eau ou bassin fluvial.

By Article 6 :

Toutefois, l'Etat qui se propose d'entreprendre des travaux en vue d'un meilleur aménagement peut le faire en assurant à l'Etat opposant la possibilité de jouir des bénéfices proportionnels auxquels il a droit et une compensation adéquate pour les pertes et dommages subis.

The word "toutefois" suggests that Article 6 provides an exception to the prohibition by Article 5 of works or utilizations which would involve a modification or any alteration of a nature to infringe seriously the rights of utilization of another riparian State. The nature of the permissible exception is not clear to me.

Although Article 5 forbids serious injury to another riparian, a possible interpretation of Article 6 is that a State is nevertheless legally entitled to go ahead and injure seriously another

riparian if its *intent* is good (" des travaux en vue d'un meilleur aménagement ") and provided it assures the other riparian of the possibility of proportional benefits and adequate compensation. This interpretation would deprive Article 5 of all prohibitory force except in those cases in which a State *recognizes* that its proposed activities would seriously injure another riparian, although it might still provide the legal basis of a claim for damages if unintended injury resulted.

Moreover, this interpretation seems opposed by the provisions of Articles 7-10 of the Neuchâtel draft which provide that in cases where serious injury *might* be caused, works may not be undertaken without previous notice, possible negotiations and suspension of the work pending efforts looking towards the settlement of the dispute.

This suggests that Article 6 is not intended to provide an exception¹ to the prohibition of Article 5 but to make provision for a different situation, namely, where the proposed works are not of a nature to infringe seriously the right of utilization of another riparian State. It would thus appear that the position of Articles 5 and 6 should be reversed, since Article 7 logically follows Article 5.

If this interpretation is correct, the two situations should be more clearly distinguished in our draft. The ambiguity of the imperfect antithesis between works of a nature to injure seriously another riparian's rights and works undertaken with a view to improvement should be replaced with a clear-cut distinction between works of a nature to injure seriously and works not of a nature to injure seriously. The first part of Article 6 might thus be redrafted as follows :

¹ I note in your *Rapport provisoire* (July 1959), III-6, you state that the provisions of this article constitute an exception to the rule of the preceding article, but I am raising the question whether it is, properly viewed, an exception.

L'Etat qui se propose d'entreprendre des travaux en vue d'un meilleur aménagement *lesquels ne sont pas de nature à léser sérieusement le droit d'utilisation d'un autre Etat intéressé aux eaux du même cours d'eau ou bassin fluvial*, peut le faire, etc., etc.

If I am correct in finding the standard in a distinction between works of a nature to injure seriously and works not of such a nature, not only the criterion for distinguishing between serious and non-serious injuries but also the procedures for making such a determination and controlling its consequences are important.

It would be a most unusual situation in which the undertaking of works could not appropriately be described as "des travaux en vue d'un meilleur aménagement". It is not, however, clear that "un meilleur aménagement" would necessarily involve the concept of proportional benefits or would provide a workable criterion for distinguishing between activities of a nature which would not injure seriously and those which might cause serious injury.

It appears that basic assumptions of our draft are (1) that we cannot devise a workable criterion for distinguishing works of a nature to cause serious injury from those which are not² (although we prohibit the one and permit the other); and (2) that, in the absence of joint plans or undertakings, the initial determination as to their possible injurious consequences will be made by the State proposing to undertake the work. Instead of devising a criterion and the procedures for making a determination thereunder, our draft therefore approaches the problem from the point of view of controls.

The following situations appear to be envisaged.

² As the Rapporteur observes, *Rapport provisoire* (July 1959), III-5 : « Quant à la question de savoir ce qu'il faut entendre par 'dommage sérieux', cela dépend des circonstances du cas d'espèce et ne peut être résolu qu'après appréciation de tous les facteurs de ce cas. »

1. If the State proposing to undertake certain works or utilizations hesitates or refrains it is because of its determination that its plans involve works of a nature to injure seriously another riparian and are therefore forbidden by Article 5. However, subject to the controls of Articles 7 to 10 of the Neuchâtel draft, that State has the opportunity in certain circumstances of going ahead with its project provided it gives advance notice, participates in negotiations, delays the undertaking and proposes arbitration or judicial settlement. If its offer of arbitration or judicial settlement is refused, it can go ahead, but its project will be limited by obligations to respect the rights of utilization of other riparian States and to assure them equitable distribution of benefits on the basis of proportionality of needs.

2. If the State wishing to undertake new works or utilizations decides that its proposed activities do not involve the danger of serious injury to other riparians, it determines that Article 5 is not applicable, and goes ahead with its project. Presumably, it would then be operating under Article 6 and must assure to other riparians the possibility of proportional benefits and adequate compensation for loss and damage. The good faith or the soundness of its subjective judgment in deciding that Article 5 was not applicable appear to be subject to two controls :

(1) if another riparian objects that the works are of a nature to injure seriously its own right of utilization, the situation would presumably³ be governed by Articles 8 to 10 — negotiations, suspension of work, attempts at settlement ;

(2) if, in fact, injury occurs, the injured party has the legal basis for a claim based upon a violation of the prohibition of

³ Perhaps Article 8 should be modified to make this clear.

Article 5 and the assurance under Article 6 of adequate compensation and proportional benefits.

Thus, whether works are undertaken pursuant to Article 5 or Article 6, our draft, while refraining from formulating a criterion for distinguishing between serious injury and non-serious injury or for joint procedures for the initial determination of their nature, nevertheless provides controls on the unilateral action of States.

Turning now to the words in Article 6 — “ en assurant à l'Etat opposant la possibilité de jouir des bénéfices proportionnels auxquels il a droit et une compensation adéquate pour les pertes et dommages subis ”, it is not clear to me whether this assurance is required to be made in advance of action, concurrently with it, or subsequently. The words can perhaps be read as permitting action without prior notification, subject to certain obligations if claim is made for proportional benefits or adequate compensation in case of damage.

Even though we are here dealing with a situation in which the assumption is that the works are not of a nature to cause serious injury, that assumption has been made unilaterally and it would seem preferable to me to require that the assurance be given at least by the time the works are undertaken. In practice, this will probably mean prior notification.

The principal objection to an interpretation under which a State alleging possible serious injury is permitted to require the suspension of work pending negotiations and judicial settlement is the matter of delay. However, the good faith of delaying tactics can be tested by an offer of arbitration under Article 10. There would result either a judicial determination of the questions in issue, or, if the complaining State refuses arbitration, the other State would have the right to proceed

with the works in question subject to the conditions stipulated in our draft.

What Article 10 fails to provide for is the situation in which arbitration is refused by the State proposing to undertake the works. Would such refusal give it the right to go ahead even if it has admitted that serious damage might result by giving notice under Article 7? Or does the prohibition of Article 5 apply? I would support the addition of a third paragraph to Article 10, providing that the proposed works must continue to be suspended pending an impartial determination of the difficult question of whether the proposed works were of a nature to infringe seriously the right of utilization of another riparian State.

If I have not fully understood the purport of our Neuchâtel draft, I hope that my comments may nevertheless throw some light on its ambiguities and perhaps lead to its clarification.

I cannot close without expressing my appreciation for your admirable *Rapport provisoire* and for the skill and thoughtfulness with which you have been directing our study.

With kindest regards,

Sincerely yours,
Herbert W. Briggs

2. Observations de M. Erik Castrén

Helsinki, le 7 novembre 1959.

Mon cher et très honoré Confrère,

Je vous remercie de vos deux lettres du 12 septembre et du 28 octobre 1959, que vous avez bien voulu m'envoyer en votre qualité de rapporteur de la neuvième Commission de l'Institut de Droit international.

Le nouveau projet de Résolution sur l'utilisation des eaux, sur lequel nous nous sommes mis d'accord lors des réunions

de notre Commission à Neuchâtel, me paraît satisfaisant. Comme vous vous souvenez, je vous ai présenté pendant les derniers jours à Neuchâtel quelques suggestions se rattachant à la formulation du préambule du projet où je crois avoir trouvé quelques répétitions inutiles. Or, étant donné que les modifications proposées par moi sont de caractère formel, je n'insiste pas pour qu'elles soient adoptées.

Quant aux amendements du professeur Quincy Wright, je ne vois pas d'inconvénients à les accepter. La première proposition ne change à mon avis rien et le texte français de l'article respectif (6) peut probablement rester tel quel. L'obligation de négocier stipulée au paragraphe premier de l'article 6 pourrait être renforcée dans le sens proposé par M. Wright en libellant le dernier membre de phrase de la manière suivante : « en vue de *s'efforcer* de parvenir à un accord dans un délai raisonnable ». Au paragraphe 2 on substituera seulement le mot « souhaitable » au mot « recommandé ».

Veillez croire, cher et très honoré Confrère, aux assurances de mes sentiments les plus dévoués.

Erik Castrén

3. Lettre de Mr. C. John Colombos

February 17th, 1960.

My dear Colleague,

Many thanks for your letter of the 9th February, enclosing the revised draft Convention on the "Utilization of the waters of international rivers" as it emerged after our Neuchâtel discussions.

I am in general agreement with the terms of this draft Convention, subject, of course, to any remarks which may appear

expedient to me during its final discussion at next year's Conference in Austria.

I should like to congratulate you for the admirable work you have devoted, as our Rapporteur, to the elaboration of this important Convention.

Yours sincerely,

C. John Colombos

4. Observations de M. Nathan Feinberg

Jérusalem, le 3 décembre 1959.

Mon cher Confrère,

Vous avez demandé aux membres de notre Commission de vous faire parvenir les observations que leur suggère le nouveau texte du « Projet de Résolution » tel qu'il fut élaboré au cours des délibérations de la Commission qui ont eu lieu à Neuchâtel. Comme j'ai eu l'avantage de prendre part à ces délibérations, mes observations seront brèves.

1. Il me semble que le texte des alinéas 3 à 5 du préambule gagnerait en précision, si l'on en remaniait la rédaction. Je propose donc d'y substituer le texte suivant :

« Convaincu que l'utilisation d'un bassin fluvial intéressant plusieurs Etats, basée sur les plans élaborés en commun et exécutés par une combinaison d'efforts, est de nature à donner des avantages supérieurs à ceux qui peuvent être obtenus par chacun des Etats intéressés procédant individuellement,

Convaincu, en outre, que la voie de l'entente, basée sur la compréhension mutuelle et sur des concessions réciproques et visant à trouver la solution la plus favorable à l'ensemble des intérêts en cause, est préférable à celle qui consiste à se retran-

cher derrière le droit strict et qui mène, infailliblement, aux frictions, tensions et conflits.»

2. Pour donner plus de poids au mot « constate » dans le dernier alinéa du préambule, il serait, je crois, préférable de ne pas s'en servir dans les alinéas précédents, et je suggère donc de supprimer le mot « constate » dans les premiers deux alinéas et de les remplacer respectivement par les mots « considérant » et « reconnaissant ».

3. Comme nous avons, à Neuchâtel, remplacé dans l'article 8 le mot « opposition » par le mot « objection », je propose de substituer dans l'article 6 au mot « opposant » l'expression « qui soulève des objections » et dans l'article 10, al. 2, au mot « s'oppose » « soulève des objections ».

4. Je crois qu'il serait bon de lier les articles 4 et 6 plus étroitement, et ceci pourrait se faire en interpolant dans l'article 6 les mots « conformément à l'article 4 », après le mot « droit » et avant le mot « et ».

5. En plus des observations ci-dessus qui sont plutôt d'ordre rédactionnel, je voudrais encore vous soumettre en tant que rapporteur de notre Commission la réflexion suivante : comme il s'agit en matière d'utilisation des eaux de questions hautement techniques, je me demande si la voie d'arbitrage ne devrait pas être recommandée en premier lieu, et le recours à la Cour internationale de Justice seulement en cas de refus de la procédure arbitrale. Si cette idée vous paraît justifiée et rencontre l'approbation des membres de la Commission, l'article 10 pourrait être rédigé comme suit :

« Si les Etats intéressés n'arrivent pas à un accord dans un délai raisonnable, chacune des parties peut proposer que la question de savoir si l'aménagement projeté est contraire aux règles ci-dessus soit soumise à un tribunal arbitral ou en cas

de refus de la procédure arbitrale que cette question soit portée devant la Cour internationale de Justice.

» Si l'Etat qui soulève des objections aux travaux projetés n'accepte pas l'arbitrage et refuse de se soumettre à la juridiction de la Cour, l'autre Etat est libre, etc. »

6. Finalement, en ce qui concerne les propositions faites par notre honoré Confrère le professeur Wright et que vous nous avez communiquées par votre lettre du 28 octobre, je me rallie à la troisième, de même qu'à la première, pourvu que l'on réussisse à trouver en français l'équivalent du mot anglais *opportunity*. J'éprouve, par contre, des doutes quant à l'opportunité de la deuxième proposition, à savoir d'ajouter dans l'article 8 les mots *in good faith*. L'exigence de la bonne foi dans l'exécution de toute obligation qu'un Etat assume n'est-elle pas sous-entendue, et par l'insistance sur la bonne foi dans certains articles sans la mentionner dans d'autres, n'affaiblit-on pas ces derniers ?

Veuillez agréer, mon cher Confrère, l'expression de mes sentiments cordiaux et tout dévoués.

N. Feinberg

5. Observations de M. André Gros

Paris, le 26 novembre 1959.

Mon cher Confrère,

Comme je vous l'avais promis je vous adresse, à titre tout à fait personnel, quelques réflexions sur le projet de Résolution concernant l'utilisation des eaux internationales non maritimes. Tout d'abord, je voudrais vous redire mes compliments pour l'excellent travail que constitue votre rapport, qui deviendra incontestablement la source principale de documentation sur le sujet.

En ce qui concerne le préambule tout d'abord, je me demande si les deux premiers considérants ne gagneraient pas à être fusionnés et légèrement remaniés dans leur présentation. Ils pourraient recevoir par exemple la forme suivante : « Considérant que les rapports entre Etats relatifs à l'utilisation des eaux appartenant à un bassin fluvial qui s'étend sur le territoire de deux ou plusieurs Etats, doivent s'inspirer de la règle suivant laquelle nul ne doit porter un préjudice illégitime à autrui. »

Le troisième considérant fait état d'une idée qui, sans doute, peut être exacte dans certains cas, mais qui peut ne pas l'être dans d'autres : dans l'affaire du lac Lanoux, par exemple, le projet établi unilatéralement par la France était de nature à donner des résultats incontestablement supérieurs à ceux des variantes proposées par l'Espagne et auxquelles celle-ci subordonnait un accord. Je me demande donc si ce considérant est véritablement nécessaire. La même remarque vient à l'esprit pour le quatrième considérant ainsi que pour le cinquième, qui ne sont que les conséquences du troisième. A tout le moins, si vous préférez garder le cinquième considérant, ne faudrait-il pas le remanier de manière à marquer simplement le mérite d'une solution par voie d'entente, mais sans énoncer d'une manière catégorique que cette solution est, par définition, préférable à toute autre ?

Passant maintenant à l'examen des articles, puis-je vous faire les remarques suivantes : l'article 3 n'est-il pas, dans une assez grande mesure, une répétition de l'article 2 et ne pourrait-on fusionner ces deux articles ?

C'est surtout sur l'article 4 que je me demande si le principe qu'il contient est véritablement acceptable. En effet pourquoi un Etat qui, sans causer aucun dommage à un autre Etat, a supporté seul tous les frais d'un aménagement, devrait-il « distribuer une partie des bénéfices » à ce dernier Etat ? S'il décide de le faire, c'est une générosité louable, mais on ne voit pas

pour quel motif juridique il y serait tenu. En effet, vous remarquerez que, dans les hypothèses envisagées par cet article, il peut n'y avoir aucun dommage pour l'Etat qui n'a pris aucune part aux travaux et, en l'absence de dommages, toute participation à des bénéfices aurait le caractère d'un enrichissement sans cause.

Sur l'article 5, je n'ai pas d'observation de fond ; je me demande seulement si le deuxième membre de phrase ne pourrait pas être libellé comme suit : « de nature à causer à un autre Etat intéressé aux eaux du même cours d'eau ou bassin fluvial un préjudice grave et permanent. » Vous retrouvez là une formule qui a été adoptée dans l'affaire du lac Lanoux et qui me paraît d'une grande sagesse.

Pour l'article 6, ou bien il énonce simplement une faculté et celle-ci est si évidente que peut-être n'est-il pas nécessaire de la rappeler ; ou bien l'article veut énoncer une obligation et je me permettrai alors de renouveler les réserves formulées au sujet de l'article 4, précédemment. Les termes « bénéfices proportionnels auxquels il a droit » me paraissent soulever un problème, puisque, dans l'hypothèse envisagée, il n'y a aucun dommage.

Article 9. S'il est bien entendu qu'on se trouve toujours dans l'hypothèse de l'article 7, l'article 9 ne me paraît soulever aucune objection.

Voici, mon cher Confrère, et en m'excusant de ne pas vous apporter une grande contribution à une étude aussi difficile qu'intéressante, les quelques remarques que je tenais à vous faire. En résumé, je me dis que cette affaire soulève en vérité trois catégories de règles que je résumerai très brièvement de la manière suivante :

1° Tout Etat peut aménager la partie du cours d'eau qui se trouve sur son territoire, car c'est là une règle de progrès social.

2° En faisant ces travaux, il ne doit modifier ni la quantité ni la qualité des eaux qui intéressent les autres Etats riverains du même fleuve ou du même bassin fluvial.

3° Si l'Etat qui fait les travaux apporte une modification appréciable au volume ou au régime de ces eaux, il doit négocier raisonnablement avec les autres Etats intéressés ; si cette négociation ne peut aboutir, les indemnités correspondant aux dommages causés par les travaux doivent être soumises à l'arbitrage.

Je crois que tous ces principes se trouvent parfaitement représentés par votre projet de Résolution et que leur aménagement définitif ne devrait pas provoquer de trop grandes difficultés de rédaction.

En vous renouvelant le plaisir que j'ai eu à faire votre connaissance au cours de la session de Neuchâtel, je vous prie d'agréer, mon cher Confrère, l'assurance de mes sentiments bien sincèrement dévoués.

André Gros

6. Lettre de M. Yuen-li Liang

New York, 24 February 1960.

Dear Professor Andrassy,

I wish to acknowledge the receipt of your letter of 17 December 1959, enclosing a copy of the Resolution of Neuchâtel Conference on the utilization of international rivers.

I have studied the draft and I am in complete agreement with it.

Yours sincerely,

Yuen-li Liang

7. Observations du baron Fernand Muûls

I.

Bruxelles, le 2 novembre 1959.

Cher et très honoré Confrère,

Vous avez bien voulu, à la suite des réunions de la Commission à Neuchâtel, soumettre à l'examen de ses membres, le texte de la nouvelle rédaction du projet de Résolution sur l'utilisation des eaux. A la réflexion, compte tenu de votre désir de déposer votre rapport sans tarder, je suis amené à m'y rallier et à renoncer à y suggérer des amendements.

Je me permets toutefois de vous faire part des doutes que j'ai éprouvés quant à la portée des considérations que vous avez développées au sujet des dommages à l'Etat voisin (section III-5 de votre rapport provisoire).

Sans doute, dans l'exemple que vous avez cité, j'admets comme vous que la responsabilité de l'Etat n'est pas engagée : cas des améliorations à ses voies navigables de nature à « attirer une plus grande proportion de son commerce ».

Mais je ne pense pas, par contre, que du moment qu'en effectuant des travaux sur une voie d'eau internationale, il n'« altère pas les parties du système fluvial *qui se trouve sur le territoire de l'Etat voisin* », aucune responsabilité ne peut lui incomber quant aux dommages causés à cet Etat par les travaux : par exemple des travaux d'endiguement de l'Etat d'aval, s'ils sont de nature à porter atteinte à la navigation (par suite de l'ensablement, par exemple) sur le fleuve dont l'Etat d'amont use en direction de la mer, entraînant sa responsabilité vis-à-vis de cet Etat d'amont, même si sur le territoire de ce dernier la navigabilité ne subit aucun obstacle.

Ce cas est, il est vrai, couvert — même en dehors du droit conventionnel — par les règles générales du droit international touchant la liberté de navigation sur les fleuves internationaux, auxquelles l'article 2 du texte de votre projet se réfère, implicitement du moins.

Aussi, si je me rallie à ce projet, c'est que j'entends qu'il ne met pas en cause les principes dont se sont inspirées les Résolutions antérieures de l'Institut en la matière, notamment l'article 26 des Résolutions de 1887, interdisant d'une manière générale les travaux pouvant modifier l'économie des eaux communes, ou gêner la navigation.

Veillez croire, cher et très honoré Confrère, à l'expression de mes sentiments les plus dévoués.

Baron F. Muûls

II.

Bruxelles, le 10 décembre 1959.

Mon cher et honoré Confrère,

Comme suite à votre lettre du 8 octobre, je me permets de vous faire parvenir une suggestion touchant les modifications de rédaction de l'article 6 proposée par M. Wright :

Article 6. « Toutefois l'Etat qui se propose d'entreprendre les travaux en vue d'un meilleur aménagement, peut y procéder s'il garantit à l'Etat qui s'y oppose la faculté de s'assurer le bénéfice des avantages proportionnels et s'il lui donne une juste réparation de toutes les pertes ou dommages. »

Je profite de l'occasion pour vous suggérer, ensuite de mes observations contenues dans ma lettre du 2 novembre (dont d'après votre lettre du 8 novembre vous acceptez le bien-fondé) de rétablir dans le texte du titre du projet, les mots qui y

figuraient antérieurement (entre parenthèses) « en dehors de la navigation ».

Veillez agréer, mon cher et honoré Confrère, les assurances de mes sentiments les meilleurs avec tous mes vœux de Noël et Nouvel-An.

Baron F. Muûls

8. Observations de M. Quincy Wright

October 8, 1959.

Dear Professor Andrassy,

I have gone over the last draft of the project on the utilization of the waters of rivers systems and find it in the main very satisfactory. It is a great improvement over the original draft and I want to congratulate you on incorporating the various suggestions that were made at Neuchâtel in this draft. The only suggestions that occurred to me are the following:

Article 6, line 3. It would sound better in English to say "the opportunity to enjoy the proportional benefits" rather than the "possibility of enjoying" and so forth. Perhaps, however, there is no French word that has exactly the meaning of the English word "opportunity".

In *Article 8* I suggest "In case of objection, the states will negotiate in good faith with the object of reaching an agreement in a reasonable time." In American labor legislation the phrase "will negotiate in good faith" has been used to indicate a somewhat stronger obligation than merely to "enter into negotiations" and of course implies avoidance of dilatory tactics.

In the second paragraph of Article 8, I would prefer to say "It is desirable that the interested States" etc. I noticed that in his draft which was accepted Professor Jenks used this

expression in Article 2, paragraph 3 and Article 3 and Article 5. This expression was also used in the first article of the Hague Convention No. 6 of 1907 dealing with days of grace. An expression of desirability would of course mean that the proposition is not *lex lata* but *lex ferenda*, but is somewhat stronger than to say "It is recommended".

Sincerely yours,
Quincy Wright

9. Observations de M. Plinio Bolla

Morcote, le 11 décembre 1959.

Monsieur le professeur et cher Confrère,

Je regrette de ne pas avoir pu participer jusqu'à la fin aux travaux de l'Institut de Droit international en septembre passé à Neuchâtel et de n'avoir ainsi eu le plaisir d'assister qu'à la première des trois séances de la neuvième Commission (utilisation des eaux internationales non maritimes).

Je vous remercie d'avoir bien voulu m'envoyer le texte de l'Avant-projet de Résolution issu des travaux de ladite Commission.

A mon avis, une utilisation basée sur des plans communs et des concessions réciproques peut donner des résultats supérieurs à ceux qui seraient susceptibles d'être obtenus par les Etats intéressés procédant séparément et se prévalant chacun exclusivement de leurs droits reconnus par le Droit international, non seulement lorsque la combinaison des efforts et des plans d'utilisation porte sur les eaux d'un seul bassin fluvial intéressant plusieurs Etats, mais aussi lorsque la combinaison et les plans portent sur les eaux de :

- a) *plusieurs* bassins fluviaux qui intéressent tous les mêmes Etats ;

b) *plusieurs* bassins dont un (ou plusieurs) intéresse les mêmes Etats,

alors qu'un (ou plusieurs) n'intéresse qu'un seul desdits Etats ; on peut en effet concevoir une solution qui permette à l'Etat A d'offrir, grâce aux eaux d'un bassin auquel il est seul intéressé, une compensation suffisante à l'Etat B pour l'utilisation, par l'Etat A, d'eaux d'un bassin fluvial intéressant les Etats A et B.

Si l'Institut était de mon avis, il y aurait lieu d'envisager de modifier le considérant, qui commence par les mots « et qu'une combinaison des efforts... » et dans l'article 6 de l'Avant-projet, où il est question d'une compensation adéquate devant être assurée pour les pertes et les dommages subis ; il y aurait lieu, me semble-t-il, de dire expressément, dans cet article, que ladite compensation adéquate pourrait être assurée par le recours aux eaux d'un *autre* bassin fluvial (même purement national) ou à l'énergie électrique produite par ledit bassin.

Veillez agréer, Monsieur le professeur et cher Confrère, l'assurance de mes sentiments cordialement dévoués,

Plinio Bolla

III. Conflits de lois en matière de droit aérien

(Vingt-septième Commission)

1. Rapport provisoire et projet de Résolutions

présentés par

M. Alexandre Makarov

En ma qualité de rapporteur de la vingt-septième Commission¹, j'ai rédigé un Exposé préliminaire de l'objet de nos travaux ainsi qu'un Questionnaire qui furent expédiés aux membres de la Commission le 9 juillet 1958. Tous les membres de la Commission m'ont fait parvenir leurs réponses à mon Questionnaire, quelques-uns y ont adjoint des observations qui m'ont été extrêmement utiles. Je tiens à adresser mes sincères remerciements à tous mes Confrères qui ont contribué si efficacement à l'élaboration de ce rapport.

En reprenant l'examen des problèmes esquissés dans son Exposé préliminaire, le rapporteur les traitera surtout à la lumière des observations présentées par les membres de la Commission et des suggestions qu'ils ont faites. Il ne reproduira pas dans son rapport provisoire les données sur les travaux de l'Institut en matière de droit aérien qui précèdent la

¹ La vingt-septième Commission a pour membres: M. Makarov (rapporteur), MM. Audinet, Babiński, Bolla, Bosco, Hambro, de La Pradelle, Trias de Bes, Udina, Valladão, Fernand De Visscher. Le décès du très regretté M. le Doyen Ripert survenu le 4 juillet 1958 l'a empêché de participer aux travaux de la Commission dont il a été originairement membre.

constitution de notre Commission, sur l'unification du droit aérien par voie de conventions internationales et sur la codification des règles de conflit concernant notre matière dans les législations internes d'un certain nombre d'Etats. Pour ces données il renvoie à son Exposé préliminaire. Mais il tient à mentionner les travaux récents du Comité Juridique de l'O.A.C.I (Organisation de l'Aviation Civile Internationale) et de la C.E.A.C. (Commission Européenne de l'aviation civile), surtout les travaux concernant la location, l'affrètement et la banalisation du matériel volant, qui ont abouti lors de la session du Comité Juridique de l'O.A.C.I. à Tokio en 1957 à l'élaboration d'un projet de « Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international effectué par une personne autre que le transporteur contractuel ² »; les mêmes questions ont été traitées par la C.E.A.C. lors de sa troisième session tenue à Strasbourg au mois de mars 1959 ³. Ces travaux ne s'occupent pas des questions de conflits de lois, mais ils indiquent la tendance d'une évolution moderne de la technique du transport aérien qui doit être prise en considération par quiconque s'occupe de conflits de lois en matière de droit aérien.

A. L'objet du rapport de la Commission

Dans son Exposé préliminaire le rapporteur a proposé pour des raisons qu'il y a indiquées de limiter les travaux de la Commission aux règles de conflit de lois en matière de droit

² Ce projet est reproduit dans la *Revue française de droit aérien*, t. X, 1957, p. 286 et ss.

³ Cf. ECAC/3 Rapport 21/3/59 et les travaux préparatoires: ECAC/3 — WP/12 ECO/3 22. déc. 58. Je prie le Secrétariat de la CEAC d'agréer mes sincères remerciements pour l'envoi des publications susmentionnées.

aérien *privé*. Tous les membres de la Commission ont adhéré à cette proposition. Le projet de Résolutions que la Commission doit présenter à l'Institut aura donc pour objet les conflits de lois du droit aérien *privé*.

Dans mon Exposé préliminaire j'ai proposé d'adopter comme point de départ le principe que les règles générales de conflit de lois doivent trouver application dans le domaine dont nous nous occupons, pour autant que la nature même de l'aviation n'exige pas, d'une manière incontestable, la création de règles de conflit spéciales.

Ce principe a été adopté sans réserves par les membres de la Commission presque unanimes. Seul *M. de La Pradelle* a proposé de mentionner non seulement « la nature même de l'aviation », mais aussi « l'économie du transport aérien », en soulignant que la solution des conflits de lois en matière de droit aérien peut être affectée par des considérations tenant aux caractéristiques techniques des appareils et à leurs conditions économiques et juridiques d'emploi. J'accepte sans hésitation la suggestion de *M. de La Pradelle* : sa proposition embrasse dans une formule générale les considérations que j'ai mentionnées en traitant dans mon Exposé préliminaire quelques questions spéciales, mais elle permet en même temps d'approfondir ces considérations.

Tandis que *M. de La Pradelle* a proposé de compléter la formule se trouvant dans l'Exposé préliminaire du rapporteur, *M. Babiński* la rejette pour les raisons suivantes. Notre éminent Confrère pense que la tâche de notre Commission « pourrait et devrait être envisagée de façon plutôt large vu les possibilités créatrices dans l'élaboration du droit aérien » ; il s'ensuit que les renvois de l'Exposé préliminaire aux règles générales du droit international privé devraient être très limités — on nous demande, dit *M. Babiński*, « la formation de règles concrètes

beaucoup plus que des références au droit universalisé, — en fait inexistant ! »

Je pense néanmoins avec la majorité des membres de la Commission que nous devons nous borner à l'élaboration des règles de conflit dont l'existence est exigée par la nature même de l'aviation et par l'économie du transport aérien. L'Institut n'attend pas de nous un Code de droit international privé qui pourrait trouver application aussi aux problèmes de conflits de lois en matière de droit aérien, mais des règles de conflit applicables spécialement dans cette matière en raison du caractère spécifique des relations juridiques réglées par des normes juridiques appartenant à cette branche du droit. Je suppose cependant qu'entre l'opinion de M. *Babiński* et celle de tous les autres membres de la Commission, la divergence n'est pas si grande qu'on pourrait le penser, car il ne s'agit pas dans notre rapport de références au droit universalisé, mais de l'élaboration de règles de conflit dont l'existence est devenue nécessaire par le développement mondial du transport aérien.

L'Exposé préliminaire du rapporteur a proposé de considérer comme relations juridiques liées à la navigation aérienne les relations suivantes :

- a) les relations juridiques ayant pour objet l'aéronef lui-même (la propriété des aéronefs, les hypothèques et privilèges qui peuvent les grever);
- b) les relations juridiques concernant l'engagement du personnel de l'aéronef;
- c) les relations juridiques ayant pour objet le transport de personnes et de marchandises par aéronef;
- d) les relations juridiques qui ont pris naissance à bord d'un aéronef (surtout les actes qui y sont accomplis);

e) les relations juridiques nées de dommages causés aux tiers à la surface.

L'énumération de ces catégories a trouvé l'approbation de MM. *Audinet*, *Babiński* (qui a ajouté les mots « pour le moment »), *Bolla*, *Bosco*, *Hambro* et *Trias de Bes*. M. de *La Pradelle* propose d'ajouter à la propriété la location des aéronefs et pose la question de savoir s'il ne serait pas utile d'insérer les relations juridiques mises en cause par la construction des aéronefs.

Quant à la location des aéronefs je pense que son importance dans la pratique rend désirable la considération de ce rapport juridique dans notre projet de Résolution, tandis que les relations juridiques mises en cause par la construction des aéronefs ne me semblent pas poser de questions se rapportant spécialement au droit aérien: à mon avis elles peuvent tomber sous les règles de conflit générales régissant les relations juridiques analogues et, par conséquent, n'exigent pas un traitement spécial dans notre rapport.

M. *Valladão* a, lui aussi, suggéré d'élargir le nombre des rapports contractuels et non contractuels à envisager dans notre rapport. Il a mentionné l'affrètement et l'assurance d'une part, les dommages produits dans l'air (abordage) d'autre part. J'accepte l'élargissement des rapports d'ordre contractuel dans notre rapport, pour autant qu'il s'agit de l'affrètement (je l'ai fait déjà par rapport à la location). L'opportunité de traiter aussi le contrat d'assurance ne me paraît pas être aussi évidente, car le caractère même spécifiquement aérien d'un tel contrat, c'est-à-dire se rapportant à l'activité d'une entreprise de transport aérien, n'a pas de répercussions en matière de conflits de lois. Les auteurs qui s'occupent de questions de conflits de lois concernant le droit aérien ne traitent pas, pour autant que je l'ai pu constater, les problèmes d'assurance. Il me semble donc que nous pouvons laisser de côté les questions

de cette branche du droit. Quant aux dommages causés dans l'air il me semble qu'il sera approprié de traiter dans notre rapport les questions d'abordage des aéronefs en l'air, ainsi que celles d'assistance et de sauvetage.

B. Les circonstances de rattachement

Dans mon Exposé préliminaire j'ai souligné que l'application des règles générales de conflits de lois aux rapports juridiques dont nous nous occupons ou la modification de ces règles, pour autant qu'elle est exigée par la nature même de ces rapports, ont pour objet surtout des règles de conflit utilisant deux circonstances de rattachement très importantes: la nationalité de l'aéronef et son « lieu » (*situs*), cette dernière circonstance de rattachement étant d'une importance décisive pour l'application de la *lex rei sitae* ainsi que de l'adage *locus regit actum*.

C'est pour cette raison que j'ai commencé mon exposé par l'interprétation de ces deux circonstances de rattachement adaptée aux particularités du droit aérien.

I. La nationalité de l'aéronef

La notion de la nationalité de l'aéronef est une notion de pure technique juridique, une notion qui n'est pas identique à celle de la nationalité des personnes physiques⁴. Mais cette notion est admise non seulement dans la doctrine⁵: on la

⁴ Voir *Fernand De Visscher*, Les conflits de lois en matière de droit aérien: Recueil des cours, 1934 II (48), p. 294 et ss. (surtout p. 295 et s.).

⁵ Même *Otto Riese* (*Internationalprivatrechtliche Probleme auf dem Gebiet des Luftrechts: Zeitschrift für Luftrecht*, 1958, p. 276), qui considère la notion de la nationalité en droit aérien comme superflue et contestable du point de vue théorique, admet que pour les vols intercontinentaux la situation des aéronefs est analogue à celle des navires, et que d'autre part il est peu approprié de faire une distinction entre les grands aéronefs parcourant des espaces énormes et les petits engins sportifs ou les hélicoptères.

trouve dans les conventions internationales et dans toutes les législations internes s'occupant de la matière.

En règle générale la nationalité de l'aéronef est celle de l'Etat sur les registres duquel l'aéronef est immatriculé⁶. L'acquisition et la perte de la nationalité des aéronefs dépendent donc des conditions de leur immatriculation établies par les législations nationales des Etats. Ces conditions peuvent être très diverses d'un pays à l'autre, mais en règle générale l'appartenance de l'aéronef aux nationaux de l'Etat en question est la condition préalable de son immatriculation sur les registres nationaux (v. par exemple art. 5 du Code français de l'aviation civile et commerciale⁷). On peut citer cependant quelques pays dont la législation permet l'immatriculation sur le registre national d'aéronefs appartenant à des étrangers domiciliés dans le pays. C'est le cas, par exemple, en Suisse⁸ et en Autriche⁹.

Dans mon Exposé préliminaire j'ai soutenu l'opinion qu'il n'est pas nécessaire de nous occuper dans notre rapport des

⁶ Cf. la Résolution de notre Institut sur la navigation aérienne internationale, art. IV alinéa 1: *Annuaire de l'Institut de Droit international*, session de Lausanne, 1927 III, p. 338; Convention de Chicago du 7 décembre 1944, art. 17: *Lacombe et Saporta*, Les lois de l'air, 1953, p. 103.

⁷ Décret n° 55-1590 du 30 novembre 1955: *J. Off.* du 6 décembre 1955.

⁸ Loi du 21 décembre 1948, art. 54 (*Rec. des lois fédérales*, 1950, I, p. 491): peut être enregistré un aéronef appartenant à une personne physique ayant son domicile en Suisse, si l'aéronef a son port d'attache en Suisse. — La conclusion d'un contrat entre la Swissair et le SAS (Scandinavian Airlines Systems) concernant l'échange mutuel d'aéronefs (cf. *Neue Zürcher Zeitung* du 14 mars 1959, Fernausgabe Nr. 72) a soulevé la question d'une modification de l'article 54 de la loi du 21 décembre 1948, pour que les aéronefs scandinaves puissent être enregistrés sur les registres suisses (communication faite au rapporteur par la Swissair).

⁹ Loi du 2 décembre 1957, § 16 (*BGBI.* 1957 n° 253): peut être enregistré un aéronef appartenant à un étranger qui a son domicile en Autriche, surtout si l'aéronef est destiné à l'emploi dans ce pays.

conditions d'immatriculation des aéronefs sur les registres nationaux. Comme je l'ai souligné dans cet exposé, ce qu'on examine en traitant la nationalité en droit international privé (conflits de lois) ce sont les cas de nationalité multiple et d'apatridie. Ces cas n'ont en droit aérien qu'une importance minime, étant donné que l'immatriculation de l'aéronef dans un registre quelconque est une condition préalable du droit de survol et que d'autre part l'immatriculation d'un aéronef dans plusieurs registres est en règle générale prohibée (cf. l'art. 18 de la Convention de Chicago de 1944).

Parmi les membres de la Commission qui ont présenté leurs observations, M. *Udina* a émis l'opinion qu'il faudrait « apprécier les conditions préalables de l'immatriculation afin d'éliminer les inconvénients dérivant de l'ample liberté qui est reconnue à ce sujet aux Etats ». D'après M. *Udina*, il faudrait tout au moins proposer un régime semblable à celui qui est prévu, par exemple, par la loi chilienne du 14 octobre 1925 qui permet l'immatriculation sur le registre national des aéronefs qui appartiennent à des étrangers domiciliés dans le pays et y exerçant une activité économique ¹⁰.

D'autre part M. *Valladão* pense que la possibilité de conflits de nationalités ne doit pas être écartée dans notre Rapport.

Quant à la proposition de M. *Udina* je crains que nous ne puissions pas l'accepter. Les conditions d'enregistrement des aéronefs sont dictées par des considérations d'ordre politique, économique et social qui varient d'un pays à l'autre. Il me semble qu'une unification de ces conditions est irréalisable de

¹⁰ La loi chilienne du 14 octobre 1925 n'est plus en vigueur. D'après le décret-loi sur la navigation aérienne publié dans le *Diario Oficial* du 30 mai 1931 (art. 7) seuls les ressortissants de la République peuvent être propriétaires des aéronefs chiliens. Cf. *Fernando Albónico Valenzuela*, *Derecho internacional privado chileno. Leyes y tratados vigentes*, 1958, p. 40 et s.

même que l'est l'unification des dispositions sur l'acquisition de la nationalité des personnes physiques. En outre nous dépasserions notre tâche en fixant les conditions préalables d'immatriculation d'un aéronef sur les registres nationaux parce que c'est un problème de droit matériel et non pas un problème de conflits de lois.

L'évolution moderne de la banalisation du matériel volant ¹¹ pose des nouveaux problèmes concernant les conditions d'immatriculation des aéronefs, surtout la question de savoir si les aéronefs utilisés par une entreprise de transport d'un certain pays, mais appartenant à une entreprise d'un autre pays, peuvent être enregistrés dans le pays de l'entreprise qui les exploite (cf. ci-dessus note 8). Mais cette évolution ne touche pas au principe que les conditions d'immatriculation d'un aéronef sont réglées par le droit matériel des pays en question.

La proposition de M. *Valladão* a pour objet les conflits de nationalités des aéronefs. Je ne pense pas que ces conflits puissent surgir souvent car, comme je l'ai déjà mentionné, conformément à l'art. 18 de la Convention de Chicago, un aéronef ne peut être valablement immatriculé dans plusieurs Etats. Certes, tous les Etats ne font pas partie de cette Convention : l'URSS et les « démocraties populaires » balkaniques ne l'ont pas ratifiée et la Chine communiste l'a dénoncée en 1950 (mais la Pologne et la Tchécoslovaquie appartiennent aux Etats ayant ratifié la Convention). Pour le moment tous les

¹¹ La banalisation est définie comme suit : « l'utilisation par une entreprise de transport aérien exploitant un service international en vertu d'un accord ou d'une autorisation officielle, d'un aéronef appartenant à une entreprise étrangère et immatriculé dans un Etat étranger avec ou sans son équipage ». V. Doc. 7676, ECAC/1, p. 16; cf. ECAC/3 — WP/12, ECO/3, Appendix A, p. 7. — Cf. *Louis Cartou*, La structure juridique du transport aérien en Europe à la veille du marché commun: *Revue Française de Droit aérien*, 1958, p. 118.

Etats de l'Amérique du Sud font partie de la Convention¹². Il me semble que l'immatriculation d'un aéronef en Chine communiste ou en URSS qui ne connaissent pas d'entreprises de transport aérien privées, ne pourra pas provoquer de doutes sur la nationalité de l'aéronef, même si cet aéronef n'a pas perdu la nationalité d'un autre pays quelconque d'après les lois de ce dernier. Mais si la majorité des membres de la Commission accepte la suggestion de M. *Valladão*, on pourrait établir la règle que dans les cas d'un conflit de deux nationalités dont l'une est celle du pays du for, c'est cette dernière qui doit prévaloir, et que dans les cas de conflit de deux nationalités étrangères c'est la nationalité acquise par la dernière immatriculation qui doit être considérée comme la nationalité active.

II. Le « lieu » (situs) de l'aéronef

Dans mon Exposé préliminaire j'ai souligné l'importance en droit international privé du lieu de la situation d'une chose et du lieu de l'accomplissement d'un acte juridique, ainsi que le fait que la vitesse de vol d'un aéronef qui s'accroît de plus en plus grâce au progrès de la technique rend en règle générale impossible toute localisation exacte d'un aéronef en vol et, partant, des actes passés à son bord pendant le voyage. D'autre part nous ne devons pas oublier que les aéronefs peuvent parcourir des espaces qui ne sont pas soumis à la souveraineté étatique (par exemple la haute mer, les espaces arctiques). Pour tous ces cas il est donc à mon avis indispensable de construire un « lieu » fictif de l'aéronef pour être à même de trouver la loi applicable. Les observations de MM. *Babiński* et de *La Pradelle* sur ce point de mon Exposé préliminaire exigent de ma part les explications suivantes.

¹² Cf. *Glaesner und Langner*, Die multilateralen Verträge der Bundesrepublik Deutschland, 1958, p. 343 et ss.

Tout d'abord ces observations ont mis en doute la nécessité d'adopter le critère du lieu « fictif ». « La technique des vols aériens me paraît assez développée », écrit M. *Babiński*, « pour déterminer dans chaque cas intéressant au point de vue juridique... la position de l'aéronef, rendant ainsi possible de soumettre le cas échéant et, s'il y a lieu, ces faits et actes à la loi du territoire au-dessus duquel se trouvait l'aéronef. » M. *de La Pradelle*, lui aussi, pense qu'« il n'est pas certain... que les techniques d'emploi des appareils à réaction, aux vitesses de déplacement croissantes, excluent toute localisation précise, sur le parcours de l'aéronef, d'un fait patent survenu à bord ». Il souligne que « les progrès réalisés dans les communications air-sol, le fait que, sur une ligne internationale régulière, le commandant d'aéronef est en rapport constant avec les contrôles de terre — contrôle technique des services d'Etat de la circulation aérienne et contrôle opérationnel de la Compagnie exploitant — permettent au commandant de bord de consigner sur le carnet de route de l'appareil, en le situant exactement dans l'espace et le temps, l'événement en question qui, par ailleurs, pourra techniquement être enregistré par le « dispatcher » terrestre.

Ayant reçu au mois de septembre 1958 les observations de M. *Babiński* et ne disposant pas de connaissances techniques je me suis adressé à deux grandes entreprises de transports aériens — à la Swissair à Zurich et à la Lufthansa à Cologne. Ces deux entreprises m'ont donné des renseignements à peu près identiques (le service juridique de la Lufthansa en soulignant qu'il a consulté le service technique de son entreprise). D'après l'information de la Lufthansa il n'est pas toujours possible d'établir exactement l'Etat survolé par un aéronef (surtout par un avion à réaction) dans un moment donné. Même pour les grands Etats surgissent des difficultés lorsqu'il s'agit de régions de frontière: il n'est pas possible de préciser

avec exactitude si la frontière est passée ou non. Le personnel de l'aéronef informe les voyageurs où l'on se trouve au moment donné, mais ces informations ne sont pas fournies dans toutes les circonstances et même si elles le sont, elles peuvent être inexactes. La Swissair m'a informé que si, du point de vue théorique, on pouvait admettre qu'il est possible de fixer l'Etat survolé par l'aéronef, une telle localisation exige nécessairement une procédure d'information dont la réalisation est trop difficile. Il n'existe donc pas une information sûre des voyageurs sur la situation géographique de l'aéronef à un moment donné. Les difficultés d'une telle information s'augmenteront avec le développement de la mise en exploitation des avions à réaction.

Je pense donc pouvoir affirmer qu'une localisation exacte d'un aéronef à *chaque moment de son vol* n'est pas toujours possible et que d'autre part, même dans les cas où une telle localisation est techniquement possible, les voyageurs ne sont pas toujours informés sur la situation géographique de l'aéronef.

Nous pouvons cependant poser le principe que l'utilisation de la notion du lieu fictif n'est indispensable que dans les cas où la localisation réelle de l'aéronef est impossible ou la connaissance d'une telle localisation précise ne peut être attendue. Si elle est réalisable, c'est le lieu réel qui doit reprendre sa place lors de l'application des adages dont nous nous occupons. Ce seront les cas où l'aéronef se trouve à terre ou les cas de survols intérieurs (au-dessus des territoires d'un seul Etat, même s'il s'agit d'aéronefs à grande vitesse)¹³. Ce sera aussi le cas des survols internationaux par des appareils à vitesse modérée comme, par exemple, les hélicoptères. La localisation fictive est d'autre part indispensable en cas de vols au-dessus de la haute mer ou de territoires n'appartenant

¹³ C'est aussi l'opinion de M. *Valladão*.

à aucun Etat (c'est aussi l'opinion de M. *Valladão*) ou bien en cas de vols internationaux d'appareils à grande vitesse lorsque les circonstances du vol en question rendent une telle localisation impossible.

Ce que je viens d'exposer se rapporte aux relations juridiques qui ont pris naissance à bord d'un aéronef en vol. Mais la notion du lieu fictif est aussi dans une certaine mesure indispensable lorsqu'il s'agit des rapports juridiques ayant pour objet l'aéronef lui-même. En effet, les moyens de transport immatriculés sont en règle générale réputés situés au lieu de leur immatriculation. C'est aussi un lieu fictif.

C. Les règles de conflit concernant les relations juridiques ayant pour objet l'aéronef lui-même

I. Les droits réels

Les droits réels sont soumis en droit international privé à la *lex rei sitae*: c'est une règle universellement reconnue. Mais comme je l'ai déjà mentionné, pour les moyens de transport immatriculés il existe la tendance à les considérer situés au lieu de leur immatriculation. Nous devons examiner à quel point cette tendance trouve application aux droits réels concernant les aéronefs.

1. La propriété des aéronefs

La doctrine sur la question de la loi compétente pour régir la propriété des aéronefs est divisée. Un nombre d'auteurs se prononce pour la loi nationale de l'aéronef, c'est-à-dire pour la loi du pays de son immatriculation. D'autres représentants de la doctrine veulent appliquer la règle traditionnelle établie

en droit international privé pour les droits réels, c'est-à-dire la *lex rei sitae*.

Je crois pouvoir affirmer que la majorité de la doctrine admet la compétence de la loi nationale de l'aéronef¹⁴.

Les partisans de la compétence de la *lex rei sitae* représentent la minorité des auteurs qui se sont occupés de notre problème¹⁵.

En droit positif l'applicabilité de la loi nationale de l'aéronef est reconnue dans le Code italien de navigation de 1942 (art. 6) et dans le Code brésilien de l'air de 1938 (art. 7). Le droit aérien, en quittant la compétence de la *lex rei sitae* et en proclamant la compétence de la loi nationale, passe par la même évolution que le droit maritime au cours du XIX^e siècle: dans son domaine aussi la compétence de la loi nationale du navire a été reconnue petit à petit, après que les législations internes des Etats eurent créé un peu partout un régime des navires distinct de celui des meubles ordinaires¹⁶. La même réforme se réalise peu à peu de nos jours à l'égard des aéronefs. Comme je l'ai déjà souligné dans mon Exposé préliminaire, quelques pays ont spécialement organisé la propriété des aéronefs en créant un registre aéronautique pourvu d'effets non seulement de droit public, mais aussi de droit privé. Ces effets peuvent

¹⁴ Niboyet, Traité de droit international privé français, IV, 1947, n° 1265, p. 604 et s.; Arminjon, Précis de droit international privé, II, 3^e éd. 1958, p. 115; Martin Wolff, Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl. 1954, p. 174 et s.; Nussbaum, Deutsches internationales Privatrecht, 1932, p. 317; Makarov, Die zwischenprivatrechtlichen Normen des Luftrechts, Z. f. das gesamte Luftrecht, I (1927), p. 175 et s.; Bernard Hofstetter, L'hypothèque aérienne, 1950, p. 209 et s.

¹⁵ Cf. par exemple Joseph Hamel, Aviation: Répertoire de Droit international, II, p. 32, n° 19; Fernand De Visscher (Les conflits de lois en matière de droit aérien: Recueil des cours, 1934 II, (48), p. 285 et s.), s'est prononcé en principe aussi pour l'application de la *lex rei sitae*, mais en y apportant quelques réserves.

¹⁶ Niboyet, o. c., IV, n° 1244, p. 539.

exister seulement à l'égard des tiers ¹⁷ ou bien aussi à l'égard des parties contractantes ¹⁸. Certes, un nombre de pays n'ont pas encore « immobilisé » les aéronefs par voie d'immatriculation sur les registres aéronautiques ¹⁹. Mais la Convention relative à la reconnaissance internationale des droits sur les aéronefs, signée à Genève le 19 juin 1948 ²⁰, a établi (art. 1) que les Etats contractants s'engagent à reconnaître le droit de propriété sur l'aéronef constitué conformément à la loi de l'Etat contractant où l'aéronef est immatriculé et régulièrement inscrit sur le registre public de cet Etat. La Convention de Genève a été signée par 27 Etats, mais ratifiée jusqu'à présent seulement par le Brésil, le Chili (avec réserve), le Mexique (avec réserve), la Norvège, le Pakistan, la Suède et les Etats-Unis d'Amérique; ont adhéré la République Fédérale d'Allemagne (par une loi en date du 26 février 1959: *BGBI.* II, p. 129) et le Laos. Comme je l'ai déjà mentionné dans mon Exposé préliminaire, la Convention de Genève de 1948 n'a pas obligé les Etats contractants à instituer des registres d'aéronefs aux effets de droit privé. Mais j'ai souligné en même temps que la ratification de la Convention aura probablement pour conséquence l'in-

¹⁷ C'est le cas en France. L'article 10 du Code français de l'aviation civile et commerciale (*J. Off.* du 6 décembre 1955) dispose: « Les aéronefs constituent des biens meubles pour l'application des règles posées par le code civil. Toutefois, la cession de propriété doit être constatée par écrit et ne produit d'effet à l'égard des tiers que par l'inscription au registre d'immatriculation. — Toute mutation de propriété par décès et tout jugement translatif, constitutif ou déclaratif de propriété doivent être inscrits sur le registre à la requête du nouveau propriétaire. »

¹⁸ C'est le cas en Italie: l'enregistrement du transfert de la propriété d'un aéronef a un effet constitutif. Cf. *Antonio Ambrosini*, *Corso di diritto aeronautico*, II, 1935, p. 117.

¹⁹ C'est le cas, par exemple, de la Suisse et de l'Angleterre: *Otto Riese*, *Luftrecht*, 1949, p. 259.

²⁰ *Lacombe et Saporta*, *Les lois de l'air*, 1953, p. 197 et ss.

roduction de tels registres dans tous les Etats participant à la Convention ²¹.

J'ai proposé dans mon Exposé préliminaire, en soulignant l'importance d'appuyer la tendance qui s'est manifestée dans la Convention de Genève de 1948, d'adopter la règle que la propriété des aéronefs doit être soumise à la loi de l'Etat d'immatriculation. La majorité des membres de la Commission a adhéré à cette proposition. Seul M. de La Pradelle a présenté quelques suggestions concernant ce point de mon Exposé. M. de La Pradelle a envisagé dans ses observations le cas suivant. Certaines législations donnent à la propriété enregistrée une portée absolue; ne pourrait-on, se demande M. de La Pradelle, proclamer la compétence de la *lex fori* dans tous les cas où la loi nationale ferait obstacle, en attachant une portée irréfragable à l'inscription, à la revendication du propriétaire illicitement dépossédé. J'ai certains doutes sur ce point. Est-ce que les revendications du propriétaire illicitement dépossédé ne pourraient être protégées par l'adage général de l'ordre public? Certes la proposition de M. de La Pradelle pourrait être considérée comme une concrétisation de l'ordre public, mais elle n'embrasserait pas tous les cas d'application possibles de l'ordre public. Ne fixant pas définitivement ma position sur cette question, je laisse à la Commission le soin de prendre une décision sur ce point.

2. *L'hypothèque et les privilèges sur les aéronefs*

Dans mon Exposé préliminaire j'ai souligné que, malgré les doutes exprimés jadis sur la portée pratique d'une hypothèque sur aéronefs, la littérature de nos jours, grâce aux grands pro-

²¹ Comme nous le verrons ci-dessous, l'adhésion de la République Fédérale d'Allemagne à la Convention de Genève a eu pour conséquence l'introduction de registres aéronautiques hypothécaires en Allemagne.

grès techniques de la construction des aéronefs dont la stabilité a augmenté et grâce aux besoins de crédits (pour autant que les compagnies de transport aérien ne sont pas nationalisées), est, en ce qui concerne l'importance pratique d'introduction d'une telle hypothèque, beaucoup plus encline à l'admettre²². Un nombre de pays ont organisé l'hypothèque aérienne par leur législation interne. C'est le cas de la France²³, de l'Italie, de l'Espagne, de la Finlande, du Danemark, de la Norvège, de la Grèce, du Portugal²⁴ et maintenant aussi de la République Fédérale d'Allemagne²⁵. En Amérique latine l'hypothèque aérienne existe au Brésil, en Uruguay et au Venezuela²⁶.

En Grande-Bretagne les aéronefs, en ce qui concerne le régime des droits réels, sont entièrement soumis au droit ordinaire²⁷. Aux Etats-Unis les inscriptions relatives aux droits réels sur aéronefs (ventes, mortgages, *leases*, *conditional sales*, *equipment*, ou autres contrats de garantie sur les aéronefs) sont centralisées à Washington: selon la section 503

²² Les arguments des adversaires de l'hypothèque aérienne sont reproduits et réfutés par *Bernard Hofstetter*, *L'hypothèque aérienne*, 1950, p. 59 et ss.

²³ Art. 12 du Code de l'aviation civile et commerciale. Mais cet article déclare applicable à l'hypothèque des aéronefs la loi du 5 juillet 1917 sur l'hypothèque fluviale. D'après *M. Hofstetter*, o. c., p. 97, l'hypothèque aérienne est restée lettre morte en France (on attribue cet échec au renvoi malheureux fait à la loi de 1917, qui ne reconnaît les hypothèques consenties à l'étranger que si elles ont été inscrites sur le registre tenu au greffe du tribunal du lieu de l'immatriculation). Cf. *Hamel*, o. c., No. 20, p. 303.

²⁴ Pour tous ces pays cf. *Hofstetter*, o.c., p. 157 et ss.

²⁵ La loi du 26 février 1959. *BGBI.* I, p. 57. Cette loi porte la même date que la loi approuvant l'adhésion de l'Allemagne à la Convention de Genève de 1948. Cette coïncidence est très significative.

²⁶ *Hofstetter*, o. c., p. 160 et s.

²⁷ *Hofstetter*, o. c., p. 124 et s.; *Shawcross and Beaumont on Air Law*, 2^e éd., 1951, No. 516.

du *Civil Aeronautics Act*, 1958²⁸, tous ces actes juridiques ne sont opposables aux tiers de bonne foi que s'ils ont été inscrits à la *Recordation Division, Civil Aeronautics Authority*. Mais les contrats de garantie portant sur des aéronefs ne sont pas uniformes, ils peuvent être de diverse nature juridique. En outre certains Etats-Membres des Etats-Unis continuent à exiger l'inscription sur un registre local, surtout s'il s'agit d'aéronefs qui n'effectuent de vols qu'à l'intérieur d'un seul Etat²⁹.

La Convention de Genève relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronefs a posé la règle de conflit suivante (art. 1):

« Les Etats contractants s'engagent à reconnaître... d) l'hypothèque, le mortgage et tout droit similaire sur un aéronef créé conventionnellement en garantie de paiement d'une dette, à condition que de tels droits soient: i) constitués conformément à la loi de l'Etat contractant où l'aéronef est immatriculé lors de leur constitution, et ii) régulièrement inscrits sur le registre public de l'Etat contractant où l'aéronef est immatriculé. »

Dans mon Exposé préliminaire j'ai proposé de reconnaître la compétence de la loi nationale de l'aéronef en matière d'hypothèques, c'est-à-dire de reprendre la règle de conflit posée par la Convention de Genève. Cette proposition n'a pas rencontré d'objections de la part des membres de la Commission. Je la reproduis donc dans notre projet de Résolution.

Quant à la détermination de la loi applicable à la validité des *privileges* et au classement des créanciers en droit aérien j'ai proposé dans mon Exposé préliminaire d'adopter la solution en faveur de la loi nationale. M. *Valladão* a mentionné dans ses observations que dans certains cas c'est la situation réelle de

²⁸ Pub. L. 85-726, Aug. 23, 1958, 72 Stat. 772; cf. *U. S. Code Annotated*, Title 49, § 1403.

²⁹ *Hofstetter*, o.c., p. 147.

l'aéronef et non pas sa nationalité qui doit être considérée comme circonstance de rattachement pour la règle de conflit envisagée, et a renvoyé, entre autres, à l'article 4 de la Convention de Genève de 1948. Cet article contient des dispositions sur les créances privilégiées qui sont considérées comme préférables à tous autres droits et créances grevant l'aéronef³⁰. Ce sont les créances afférentes *a)* aux rémunérations dues pour sauvetage de l'aéronef et *b)* aux frais extraordinaires indispensables à la conservation de l'aéronef. Ces créances sont préférables à condition d'être privilégiées et assorties d'un droit de suite au regard de la loi de l'Etat contractant où ont pris fin les opérations de sauvetage ou de conservation.

Ces restrictions sont bien fondées et on pourrait les considérer comme des exceptions à la règle générale de la compétence de la loi nationale.

II. *Les obligations*

1. *Les obligations contractuelles*

a) La location et l'affrètement des aéronefs

Comme j'ai déjà eu l'occasion de le mentionner, la banalisation (interchange) du matériel volant joue actuellement un rôle de plus en plus important dans la coopération des entreprises aériennes. J'ai déjà dit qu'elle a été définie comme « l'utilisation par une entreprise de transport aérien exploitant un service international en vertu d'un accord ou d'une autorisation officielle, d'un aéronef appartenant à une entreprise étrangère et immatriculé dans un Etat étranger avec ou sans équipage³¹ ».

³⁰ Hofstetter, o. c., p. 236 et ss.

³¹ Voir les citations ci-dessus, note 11.

La banalisation, appliquée aux services réguliers, a pour objet de permettre l'utilisation des avions d'un service régulier d'une compagnie d'un Etat A par une compagnie d'un Etat B sur ses propres lignes régulières.

Nous devons cependant mentionner que dans la pratique en Europe l'immatriculation d'un aéronef utilisé par une entreprise de transport étrangère change de nationalité: comme la Swissair me l'a communiqué, il est envisagé de modifier les dispositions de la loi suisse sur les conditions d'immatriculation des aéronefs pour pouvoir enregistrer les aéronefs appartenant au SAS (Scandinavian Air Systems) mais loués par la Swissair. Si une telle réforme n'est pas approuvée par le législateur on passera un contrat de vente-revente (*sale-resale contract*), c'est-à-dire on utilisera la forme juridique que nous trouvons déjà dans le contrat de location passé par la Swissair avec les Ethiopian Airlines ³². Un tel contrat de vente-revente permettra aux autorités suisses d'immatriculer l'aéronef en question sans modifier la loi actuellement en vigueur, mais cette immatriculation produira un changement de la nationalité de l'aéronef aux moments de la vente et de la revente. Comme le souligne judicieusement M. Cartou, la banalisation n'est pas en elle-même une technique juridique, mais plutôt une méthode économique d'utilisation des appareils. Quant à la technique juridique utilisée pour la banalisation, elle pourra être soit la location, soit l'affrètement ³³. La banalisation du matériel volant connaît une grande extension aux Etats-Unis grâce à la

³² Cf. *Bernard Dutoit*, La collaboration entre compagnies aériennes. Ses formes juridiques, 1957, p. 91.

³³ *Cartou*, o.c., p. 118 et s. — Le contrat de location se caractérise par le fait que la possession et le contrôle de l'avion passent au locataire pour la durée du contrat. Le contrat d'affrètement se distingue de la location en ce que le fréteur conserve la possession et le contrôle de l'avion. Il s'ensuit que généralement le fréteur fournit son équipage tandis que la

pratique des « Interchange Agreements ³⁴ ». En Europe son importance croît, mais elle n'a pas encore atteint le développement dont elle jouit en Amérique.

Le matériel concernant la location des aéronefs qui m'a été accessible ne s'occupe pas du problème de la loi applicable au contrat en question.

Le projet d'un accord bilatéral présenté par le Danemark, la Norvège et la Suède à la troisième session de la Conférence Européenne d'aviation civile (mars 1959 ³⁵) contient des dispositions (art. 13) concernant les contestations qui peuvent surgir lors de l'interprétation de cet accord. Conformément à ces dispositions on doit commencer par la voie de négociations, et au cas où ces négociations n'aboutissent pas, on doit former un tribunal arbitral. Le projet ne s'occupe pas de la question du droit applicable. D'après les informations que j'ai reçues sur ma demande de la Swissair concernant le contrat passé par cette entreprise de transport aérien avec le SAS, toutes les contestations sur l'interprétation de ce contrat doivent être portées devant un tribunal d'arbitrage auquel il incombe de préciser le droit applicable, mais il n'est pas lié à tout prix aux strictes normes juridiques.

Il s'ensuit que la pratique n'éprouve pas la nécessité de résoudre la question qui nous occupe sur le plan des conflits de lois. Je pense donc qu'il suffit de poser en premier lieu le principe de l'autonomie de la volonté des parties contractantes.

location est conclue en règle générale sans équipage. Mais théoriquement rien ne s'oppose à un affrètement sans équipage et à une location avec équipage dans la mesure où celui-ci est aux ordres du locataire (cf. *Bernard Dutoit*, o. c., p. 112.)

³⁴ *Donald C. Winkelhake*, *Interchange Service Among the Airlines of the United States: The Journal of Air Law and Commerce*, vol. 22 (1955), p. 1 et ss. Cf. *Bernard Dutoit*, o. c., p. 112 et ss.

³⁵ ECAC/3 — WP/72; ECO/24, 9/3/59, Appendix 1.

Pour le cas où elles ne font pas usage de ce principe, mais qu'elles instituent un tribunal d'arbitrage, sans l'autoriser à prendre une décision *ex aequo et bono* ce sont les règles de conflit du lieu du siège de ce tribunal qui devront, conformément à l'article 11 de la Résolution de notre Institut sur l'arbitrage en droit international privé en date du 26 septembre 1957³⁶, être suivies pour déterminer la loi applicable au fond du litige. Si un tribunal d'arbitrage n'est créé ni par le contrat de location de l'aéronef ni par un compromis ultérieur, ce sont les règles généralement admises en matière de location qui devront être appliquées.

En règle générale, c'est la loi du lieu du domicile (ou de l'établissement principal) du loueur qui est considérée comme compétente s'il s'agit de la location d'une chose meuble et la *lex rei sitae* s'il s'agit d'un immeuble³⁷. L'aéronef est une chose meuble: en appliquant la règle que je viens d'exposer, on devrait appliquer la loi du lieu du principal établissement de l'entreprise-loueur. Même en prenant en considération la tendance d'« immobiliser » les aéronefs et en appliquant la loi du pays d'enregistrement de l'aéronef comme sa *lex rei sitae*, nous aboutissons au même résultat car au moment de la passation du contrat l'aéronef sera enregistré dans le pays du lieu du principal établissement de l'entreprise-loueur.

³⁶ *Annuaire de l'Institut de Droit international* (session d'Amsterdam), 47 II, p. 484.

³⁷ Cf. *Adolf F. Schnitzer*, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4^e éd., II, 1958, p. 702 et s.; *Gutzwiller*, *Internationalprivatrecht*, p. 1620 et s.; le *baron Nolde* a proposé dans son rapport complémentaire à son rapport sur les conflits de lois en matière contractuelle présenté à l'Institut en 1925 (*Annuaire de l'Institut*, Session de Lausanne, 1927, II, p. 409) de soumettre le bail et le prêt à usage « à la loi du lieu où la chose qui est louée, affermée, ou dont l'usage est cédé, se trouve au moment de la conclusion du contrat ».

Une disposition au fond identique se trouve dans l'article 10 du Code italien de navigation de 1942. D'après cet article, les contrats de location ou d'affrètement doivent être régis par la loi nationale de l'aéronef, sauf volonté contraire des parties.

Je pense que nous pouvons suivre l'exemple du Code italien et traiter de manière analogue la location et l'affrètement des aéronefs.

b) Le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef

Dans mon Exposé préliminaire, j'ai proposé de soumettre le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef à la loi de l'Etat où l'aéronef en question est immatriculé, c'est-à-dire à sa loi nationale. C'était la solution de notre problème proposée par l'avant-projet d'une convention relative à la situation juridique du personnel navigant de l'aéronef élaboré par la CITEJA en 1932 (art. 2)³⁸. Conformément à l'article 9 du Code italien de navigation le contrat de travail du personnel aéronautique est régi par la loi nationale de l'aéronef, sauf volonté contraire

³⁸ *Pierre Bucher*, Le statut juridique du personnel navigant de l'aéronautique civile, 1949, p. 103. — Les avis des membres de la CITEJA ont été partagés. L'expert suisse, *M. Pittard*, a préconisé l'application de la loi du pays dans lequel l'entreprise de navigation aérienne a son siège principal, en admettant en même temps que cette loi coïncidera en règle générale avec la loi de l'Etat de l'immatriculation de l'aéronef. *M. Riese*, expert allemand, a proposé de laisser aux parties toute liberté de choisir la loi applicable, en présumant, à titre supplétif, que la loi choisie par les parties sera celle de l'Etat où l'exploitant a son domicile ou son siège principal. — Dans son article « Internationalprivatrechtliche Probleme auf dem Gebiet des Luftrechts »: *Z. für Luftrecht*, 1958, p. 283, *M. Riese* dit qu'en règle générale le statut juridique du personnel d'un aéronef doit être soumis à sa loi nationale.

des parties. Ce choix de la loi applicable est exclu si l'aéronef est de nationalité italienne.

Comme je l'ai souligné dans mon Exposé préliminaire, les grandes entreprises de transport aérien concluent des contrats-types avec les organisations professionnelles du personnel volant³⁹. Ces contrats excluent l'individualisation de la situation juridique du personnel navigant.

Ma proposition de soumettre le contrat d'engagement du personnel à la loi nationale de l'aéronef a été approuvée sans réserves par MM. *Bolla, Bosco, Hambro* et *Trias de Bes*. M. *Babiński* a adopté ma proposition avec la réserve « au moins en règle générale pour le commencement de la discussion », sans avoir précisé les exceptions qui doivent éliminer l'application de la règle générale.

Les observations des autres membres de la Commission peuvent être résumées comme suit.

Le principe de l'autonomie de la volonté a été envisagé par M. *Udina* pour le cas où il s'agit d'un aéronef étranger, mais avec une restriction empruntée à l'article 9 du *Codice della navigazione* italien: l'adage de l'autonomie de la volonté ne s'applique que dans les cas où il s'agit d'un aéronef étranger. A part l'importance très restreinte des contrats d'engagement individuel dont le contenu doit être précisé par les parties contractantes, je crains que la reproduction de l'article 9 du Code italien de navigation soit incompatible avec le principe proclamé dans la Résolution de notre Institut adoptée

³⁹ Voir par exemple en Suisse les contrats collectifs de travail entre la Swissair et l'« Association du personnel volant de la navigation de Suisse (Aéropers) »: *Riese*, *Luftrecht*, p. 216 et s.; *Bucher*, o. c., p. 32 et ss. Le contrat collectif prévoit la soumission de toutes les questions litigieuses qui surgissent entre la Swissair et son personnel et qui ne peuvent trouver une solution amiable à un tribunal arbitral; si aucun accord ne peut être réalisé, le litige sera renvoyé devant la juridiction ordinaire.

à Sienna en 1952⁴⁰ : d'après cette Résolution les règles du droit international privé doivent, en général, utiliser des critères susceptibles d'internationalisation. Une règle de conflit contenant des diverses circonstances de rattachement pour des contrats d'engagement du personnel d'un aéronef national d'une part et d'un aéronef étranger d'autre part ne me semble pas susceptible d'être internationalisée.

M. de La Pradelle et M. Valladão ont proposé d'autres restrictions de la compétence de la loi nationale de l'aéronef, compétence qu'ils adoptent comme règle générale. M. de La Pradelle pense que lorsque l'aéronef a fait l'objet d'une location coque nue, de même que lorsque, à la suite d'une convention d'échange d'appareils, il est exploité par une compagnie étrangère, il semble que la *lex loci contractus* doit être préférée à la loi nationale de l'aéronef. Quant à la location coque nue, la pratique que j'ai exposée ci-dessus envisage, au moins en Europe, ou bien une réforme législative qui permettra l'enregistrement de l'aéronef loué sur les registres de l'Etat du siège de l'entreprise-locataire, ou bien la passation d'un contrat de vente-revente au lieu d'un contrat de location. Ces deux formes juridiques d'une location au sens économique de ce terme permettront de ne rien changer à la règle proposée, car même la réforme législative envisagée en Suisse, réforme qui permettra l'enregistrement en Suisse des aéronefs appartenant à une entreprise étrangère, mais loués par une entreprise suisse, changera seulement les conditions d'immatriculation, c'est-à-dire les conditions d'acquisition de la nationalité suisse. Quant à l'échange, c'est-à-dire l'affrètement réciproque des appareils, la question décisive est la question de savoir si l'échange d'avions a lieu sans équipage ou avec équipage⁴¹.

⁴⁰ *Annuaire de l'Institut*, session de Sienna, 44 II, 1952, p. 473.

⁴¹ Aux États-Unis la pratique connaît ces deux formes d'échange : voir *Bernard Dutoit*, o. c., p. 114 et ss., p. 125 et s.

Si l'échange a lieu avec l'équipage, la règle de conflit envisagée par nous doit trouver application sans aucune modification. Si l'échange a lieu sans équipage, le contrat d'engagement doit être régi, à mon avis, par le droit du lieu de la passation de ce contrat.

M. *Valladão* a proposé l'exception suivante: le contrat d'engagement doit être soumis non à la loi nationale de l'aéronef, mais à la loi du domicile commun de l'entrepreneur et du membre de l'équipage en question, si le lieu de ce domicile est aussi le lieu de la passation du contrat et le lieu du port d'attache de l'aéronef. Il me semble que la proposition de M. *Valladão* est mal appropriée à une formule générale: elle contient pour une telle formule trop de conditions et, par conséquent, individualise trop les cas devant être considérés comme des cas formant une exception à la règle générale.

Enfin, M. *Audinet* suggère de faire régir le contrat d'engagement non par la loi nationale de l'aéronef, mais par la loi du pays où l'entreprise possède l'établissement qui a engagé le personnel. Cette suggestion tient compte du cas où ce pays ne serait pas celui de l'immatriculation de l'aéronef, et aussi de l'hypothèse où l'entreprise aurait, en dehors d'un établissement principal situé dans un pays, des établissements secondaires situés dans d'autres pays et ayant un personnel dirigeant apte à contracter en son nom.

Sur ma demande, la Lufthansa et la Swissair ont eu l'obligeance de me communiquer la pratique suivie par ces entreprises de transport aérien. Ni l'une ni l'autre n'ont de succursales à l'étranger. Les contrats, surtout des contrats-types conclus par la Swissair avec les organisations professionnelles, contiennent des clauses expresses soumettant ces contrats au droit suisse. Les contrats d'engagement conclus par la Lufthansa sont aussi soumis au droit du pays de l'entreprise,

c'est-à-dire au droit allemand. Dans les deux cas que je viens de mentionner la loi interne applicable est la loi du siège de l'entreprise, la loi nationale de l'aéronef et la loi du lieu de passation du contrat. S'il y a des cas où ces lois ne sont pas identiques la question surgit à laquelle d'elles on doit donner la préférence. J'incline à déclarer applicable, comme le propose M. de La Pradelle, pour les cas où l'aéronef est exploité par une compagnie étrangère, la loi du lieu de la passation du contrat, surtout lorsque l'aéronef est affrété sans équipage.

c) Le contrat de transport de personnes et de marchandises

Comme je l'ai souligné dans mon Exposé préliminaire, les dispositions relatives au transport aérien international ont été dans certaines limites unifiées par la Convention de Varsovie en date du 12 octobre 1929 qui a subi quelques modifications par le protocole signé à La Haye le 28 septembre 1955. L'application de la Convention de Varsovie n'exclut, cependant, pas la nécessité de poser des règles de conflit, étant donné que cette Convention n'embrasse pas tous les Etats appartenant à la communauté internationale d'une part ⁴², et que d'autre part ses dispositions n'épuisent pas tous les problèmes de la matière dont nous nous occupons.

Les règles de conflit pour déterminer la loi applicable au contrat de transport aérien peuvent donc être indispensables dans les cas où la convention de Varsovie n'est pas applicable ainsi que dans les cas où la Convention doit trouver application, mais où il s'agit de combler ses lacunes. Dans mon Exposé préliminaire, j'ai souligné qu'il suffit que nous nous occupons

⁴² Le nombre d'Etats qui participent pour le moment à la Convention de Varsovie a atteint quarante-neuf.

des règles générales de conflit qui pourraient trouver application dans les deux cas que je viens de mentionner.

Les opinions sur la loi compétente pour régler un contrat de transport sont très divisées. Le point de départ est presque toujours l'autonomie de la volonté des parties. Mais pour autant que leur choix de la loi applicable ne peut être déterminé, on considère comme loi compétente la loi du lieu de la passation du contrat ⁴³, ou bien celle du lieu de son exécution ⁴⁴, ou bien la loi du lieu d'établissement principal du transporteur ⁴⁵, ou bien la loi nationale de l'aéronef, c'est-à-dire la loi du pays de son immatriculation ⁴⁶, ou, enfin, la *lex fori* ⁴⁷.

Dans mon Exposé préliminaire j'ai souligné que le transport aérien s'effectue, en règle générale, par de grandes entreprises qui ne connaissent que des contrats-types. L'interprétation de ces contrats est soumise à la législation en vigueur au siège de l'entreprise, pour autant que le contrat n'indique pas la loi compétente pour cette interprétation. Pour les cas

⁴³ Par exemple *Shawcross and Beaumont on Air Law*, 2nd edition, 1951, No. 337, p. 311; *Lord McNair, The Law of the Air*, 2nd edition, 1953, p. 135 (avec la réserve « Nevertheless a contract will in general be invalid so far as its performance is unlawful by the *lex loci solutionis* »). Cf. aussi *Schweickhardt, Schweizerisches Lufttransportrecht*, 1954, p. 16, note 31.

⁴⁴ Par exemple *Abraham, Der Luftbeförderungsvertrag*, 1955, p. 10; cf. art. 26 du Traité de Montevideo du 19 mars 1940 concernant la navigation commerciale qui trouve application aussi à la navigation aérienne (art. 43). (*Manley O. Hudson, International Legislation*, vol. VIII, p. 467, 470.)

⁴⁵ Par exemple *Fernand De Visscher, Les conflits de lois en matière de droit aérien: Recueil des cours*, 1934 II (48), p. 325; *Riese*, dans la *Zeitschrift für Luftrecht*, 1958, p. 281.

⁴⁶ Art. 10 du Code italien de navigation.

⁴⁷ Art. 68, paragraphe unique du Code de l'air brésilien; art. 120 du Code de législation aéronautique de l'Uruguay.

où le transport n'est pas effectué en exécution de contrats-types j'ai proposé d'adopter la règle générale permettant aux parties de choisir la loi à appliquer à leur rapport contractuel, et, pour autant qu'un tel choix n'a pas été fait par les parties, de considérer comme loi applicable la loi du lieu du principal établissement du transporteur. J'ai cité la Résolution de notre Institut adoptée en 1908 à Florence qui visait entre autres le contrat de transport de personnes ou de choses par chemin de fer, voiture ou bateau, en soulignant que rien n'empêche de « moderniser » cette disposition en l'appliquant aussi au transport aérien.

Dans ses observations M. *Valladão* a émis l'opinion qu'on ne peut laisser toute la réglementation du transport à la volonté du transporteur et à la loi de son principal établissement. Il a évoqué surtout les restrictions fondées sur l'ordre public prises aussi en considération par la Résolution susmentionnée de Florence. Je pense cependant qu'il serait peu approprié d'introduire dans notre projet de Résolution la restriction d'ordre public spécialement par rapport à la loi applicable au contrat de transport. En évoquant l'ordre public, nous aurions touché un point névralgique de notre discipline. En outre une telle évocation limitée au contrat de transport serait à mon avis mal fondée. La Résolution de Florence mentionne la réserve de l'ordre public en la faisant valoir par rapport à tous les contrats dont la Résolution s'occupe et non spécialement par rapport au contrat de transport.

Je pense donc que nous pouvons baser notre Résolution, quant au contrat de transport, sur la proposition contenue dans mon Exposé préliminaire: pour autant que les parties n'ont pas fixé la loi applicable, c'est la loi du lieu du principal établissement du transporteur qui doit trouver application.

2. *Les obligations non contractuelles*

Dans mon Exposé préliminaire, je n'ai traité qu'une seule catégorie d'obligations non contractuelles appartenant au domaine du droit aérien, notamment celles fondées sur les dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface. MM. *Udina* et *Valladão* ont suggéré dans leurs observations d'inclure dans notre rapport et dans notre projet de Résolutions toutes les autres obligations non contractuelles, c'est-à-dire les règles de conflit concernant l'avarie, l'abordage des aéronefs, l'assistance et le sauvetage. Je pense que nous devons accepter, en principe, cette suggestion.

Les problèmes que cette proposition mentionne ont été traités en droit aérien, en règle générale, par application des solutions de problèmes analogues du droit maritime. Quelques codifications internes ou internationales ont suivi la même voie (par exemple, le Code italien de la navigation dont les règles de conflit embrassent dans chaque article les institutions du droit maritime de même que du droit aérien, et le Code international de navigation commerciale de Montevideo [Traité du 19 mars 1940] qui déclare que ses dispositions s'appliquent aussi à la navigation aérienne). Il nous incombe de vérifier à quel point ces analogies sont fondées et doivent, partant, être acceptées.

a) Les avaries

Le Code italien de navigation contient une règle de conflit concernant l'avarie commune: l'article 11 de ce Code dispose que la contribution à l'avarie commune est régie par la loi nationale du navire ou de l'aéronef. Le Code de législation aéronautique de l'Uruguay dispose (art. 164) que les avaries des aéronefs sont régies par les règles du droit maritime en vigueur, pour autant qu'elles sont applicables, les aéronefs

étant assimilés aux navires. Le Traité susmentionné de Montevideo contient des dispositions assez détaillées sur l'avarie en droit maritime (art. 15-19), sur l'avarie particulière qui est régie par la loi nationale du navire et sur l'avarie commune qui est régie par la loi du for du lieu du règlement d'avarie. Comme je l'ai déjà mentionné, l'article 43 du Traité déclare ses dispositions applicables aussi à la navigation aérienne.

Je pense que nous devons éliminer tout d'abord de nos travaux les « avaries particulières » étant donné qu'elles tombent sous la réglementation du transport aérien. L'article 18 de la Convention de Varsovie, qui ne fut pas modifié par le Protocole de La Haye, déclare le transporteur responsable du dommage survenu en cas de destruction, perte ou avarie de bagages enregistrés ou de marchandises. Cette responsabilité est régie par les dispositions uniformes de la Convention sinon par la loi applicable au contrat de transport.

Quant à l'avarie commune, je me pose la question de savoir si cette institution du droit maritime, malgré la disposition de l'article 11 du Code italien de navigation, peut trouver une application analogue en droit aérien. D'après une ancienne règle du droit maritime, les avaries qui portent le nom d'avaries communes ne doivent pas être supportées exclusivement par le propriétaire de la chose avariée⁴⁸; si le navire est atteint, les chargeurs contribuent à le réparer; si les marchandises ont été sacrifiées ou détériorées, le propriétaire du navire indemnise partiellement les chargeurs; si des dépenses extraordinaires ont été faites par le capitaine, l'armateur et les chargeurs en supportent la charge en commun. Nous devons cependant souligner que même dans le Code italien de la navigation (j'ai eu déjà l'occasion de mentionner que ce Code contient dans son article 11 une règle de conflit sur les avaries communes non

⁴⁸ Cf. *Ripert*, Droit maritime, 4^e éd., III, 1953, No 2209, p. 180 et s.

seulement en droit maritime, mais aussi en droit aérien) les règles du droit matériel ne s'occupent que des avaries communes du droit maritime (art. 469-481, 526, 536 et 537, 610-619) et que les règles transitoires de ce Code ne visent pas plus que cette dernière catégorie des avaries (art. 1310, 1318). D'autre part, les discussions sur l'avarie commune au sein de la II^e Commission du CITEJA ⁴⁹ ont pris fin, en mai 1931, après un rapport oral de M. Ripert sur la contribution à l'avarie commune en matière de transport aérien, par une décision d'ajournement ⁵⁰. Si je suis bien informé, ces discussions n'ont pas été reprises ni par le CITEJA, ni par d'autres organisations. Depuis lors, le problème n'a pas été discuté, ni même exposé dans la doctrine. C'est un indice que les avaries communes n'ont pas d'importance en droit aérien. Il me semble donc que nous pouvons les éliminer des matières dont nous devons nous occuper.

b) L'abordage aérien

Les dispositions sur les conflits de lois concernant l'abordage dans les lois internes et dans les traités multilatéraux sont les suivantes. Le Code de navigation italien (art. 12) ne règle que les abordages survenus en haute mer ou dans un lieu ou espace non soumis à la souveraineté d'un Etat quelconque: ces abordages sont régis par la loi nationale des aéronefs, si elle leur est commune, si non par la loi italienne, c'est-à-dire par la *lex fori*. Le Code Bustamante contient des dispositions assez détaillées. L'abordage fortuit dans l'air national est soumis à la loi du pavillon s'il est commun (art. 289). Dans

⁴⁹ Sur ces discussions et les arguments des partisans et des adversaires de la réglementation de l'avarie commune en droit aérien cf. *Amedeo Giannini, Saggi di diritto aeronautico*, 1932, p. 342 et ss.

⁵⁰ V. *Coquoz, Le Droit Privé International Aérien*, 1938, p. 280.

le même cas, si les pavillons diffèrent, c'est la loi du lieu qui s'applique (art. 290). La même loi locale s'applique en tout cas à l'abordage délictueux dans l'air national (art. 29). En cas d'abordage fortuit ou délictueux dans l'air libre, la loi du pavillon doit trouver application si tous les aéronefs ont le même pavillon (art. 292). En cas contraire doit être appliquée la loi de l'aéronef abordé si l'abordage est délictueux (art. 293). Enfin, en cas d'abordage fortuit dans l'air libre entre aéronefs de pavillons différents, chacun doit supporter la moitié de la somme totale du dommage, répartie suivant la loi de l'un d'eux, et l'autre moitié répartie suivant la loi de l'autre (art. 294). Tous les articles que je viens de mentionner contiennent des règles de contenu identique pour les abordages aériens et les abordages maritimes. De même, le Traité de Droit international de la navigation commerciale signé à Montevideo le 19 mars 1940 déclare applicables à la navigation aérienne les règles de conflit posées pour la navigation maritime (art. 43). D'après ce Traité, les abordages dans les eaux internes et territoriales sont régis par la loi de l'Etat qui y exerce sa souveraineté (art. 5). En cas d'abordages en dehors des eaux territoriales c'est la loi du pavillon qui trouve application, si elle est commune aux navires en question (art. 6). Si l'abordage a lieu entre des navires de nationalités différentes, chaque navire sera obligé aux termes de la loi de son pavillon et ne pourra obtenir plus qu'elle ne lui concède (art. 7). Toutes ces dispositions posent donc des règles identiques pour les abordages maritimes et les abordages aériens. Cette identité de la réglementation était aussi le point de départ de la doctrine d'il y a trente ou quarante ans⁵¹. Mais les travaux toujours importants du CITEJA de

⁵¹ Cf. les citations chez *Makarov* dans la *Zeitschrift für das gesamte Luftrecht*, I (1927), p. 181 et ss.

1932 à 1936 avaient pour objet spécialement l'abordage aérien ⁵². Le Comité Juridique de l'ICAO a repris les travaux concernant ce sujet spécial ⁵³. Mais tous ces travaux ont pour objet l'unification des règles de droit matériel: ils ne s'occupent pas des règles de conflit.

Quant à ces dernières, il me semble que la localisation d'un abordage survenu dans l'espace soumis à une souveraineté étatique sera en règle générale réalisable sans grandes difficultés. L'abordage pourra donc être soumis à la loi du lieu où il est survenu, à la loi du lieu réel et non fictif.

Si l'abordage a lieu dans des espaces non soumis à une souveraineté étatique, c'est la loi nationale des aéronefs en question, si elle leur est commune, qui doit trouver application. Il serait difficile, à mon avis, de trouver des raisons pour proposer la compétence d'une autre loi quelconque. Des difficultés surgissent dans les cas où il s'agit d'aéronefs de nationalité différente. Diverses solutions de ce problème ont été réalisées ou proposées. Le Code de navigation italien déclare compétente, comme nous l'avons déjà vu, la loi du for. Les traités américains contiennent des dispositions plus compliquées. Je pense que nous pouvons accepter la solution suivante: en cas d'abordage délictueux, c'est la loi nationale de l'aéronef abordé qui doit être appliquée; en cas d'abordage fortuit, c'est la *lex fori* qui doit trouver application. Il me semble que la cumulation de deux ou plusieurs lois en question, peut-être fondée en droit maritime, sera beaucoup moins fondée, parce que beaucoup plus compliquée, en droit aérien.

⁵² Gérard Bolla, L'abordage aérien. Thèse de Lausanne, 1947, p. 32 et ss.; avant-projet de convention de 1936 (Résolution CITEJA No 85): o. c., p. 163 et ss.

⁵³ Cf. Drion, Zur Frage eines internationalen Abkommens betr. den Zusammenstoss in der Luft: Zeitschrift für Luftrecht, 6 (1957), p. 22 et ss.

c) L'assistance et le sauvetage

Le Code italien de navigation et le Traité de Montevideo de 1940 posent des règles de conflit identiques pour l'assistance et le sauvetage en droit maritime et en droit aérien: le Code italien ne dispose que sur le sauvetage en haute mer (art. 13), tandis que le Traité de Montevideo contient aussi des dispositions sur le sauvetage dans les eaux internes et territoriales (art. 12)⁵⁴. La compétence de la loi nationale de l'aéronef qui prête le secours est proclamée par le Code italien et par le Traité de Montevideo pour le sauvetage en haute mer (pour les eaux internes et territoriales ce dernier Traité fait appliquer la loi du lieu). La compétence de la loi nationale pour sauvetage en haute mer a été proclamée, quoique en second lieu, dans plusieurs conventions bilatérales concernant la navigation aérienne⁵⁵.

Nous devons cependant rappeler que la Convention de Genève relative à la reconnaissance internationale des droits

⁵⁴ La Convention multilatérale pour l'unification de certaines règles relatives à l'assistance et au sauvetage des aéronefs ou par les aéronefs en mer signée à Bruxelles le 29 septembre 1938 (elle n'a reçu aucune ratification) contenait des dispositions uniformes, mais pas de règles de conflit.

⁵⁵ Par exemple la convention concernant la navigation aérienne du 20 mai 1927 entre l'Allemagne et l'Italie (*Rec. SdN.*, vol. LXXIX, p. 179), art. 18 alinéa 2: « Le sauvetage des appareils perdus en haute mer sera réglé, sauf convention contraire, par les principes du droit maritime résultant des conventions internationales qui seront en vigueur, ou, à leur défaut, des lois nationales des sauveteurs. » Cf. la Convention du 15 août 1927 entre l'Italie et l'Espagne, art. 18 (*Rec. SdN.*, vol. XCIV, p. 361), la Convention du 11 mai 1928 entre l'Italie et l'Autriche, art. 18 (*Rec. SdN.*, vol. C, p. 42), la Convention du 23 janvier 1929 entre l'Allemagne et la Norvège, art. 19 (*Rec. SdN.*, vol. XCIII, p. 197), la Convention du 5 juillet 1932 entre l'Italie et la Hongrie, art. 17 (*Rec. SdN.*, vol. CXXIV, p. 257).

sur aéronefs (Convention du 19 juin 1948), en disposant (art. 4) que les créances afférant aux rémunérations dues pour sauvetage de l'aéronef sont préférables à tous les autres droits et créances grevant l'aéronef, le fait à condition que les créances en question soient privilégiées et assorties d'un droit de suite au regard de la loi de l'Etat contractant où ont pris fin les opérations de sauvetage. La Convention de Genève rattache donc à la loi du lieu de sauvetage.

La Convention de Genève ne se limite pas aux sauvetages en mer, le terme « sauvetage » qu'elle emploie comprend aussi le sauvetage sur terre⁵⁶. A mon avis, nous devons suivre cet exemple: le sauvetage d'un aéronef peut avoir lieu non seulement dans les eaux mais aussi dans les régions arctiques, dans les montagnes ou dans le désert, c'est-à-dire dans des régions soumises ou non soumises à une souveraineté étatique. En soumettant le sauvetage à la loi qui régit, d'après la Convention de Genève, les créances privilégiées liées à la prestation du secours, nous devons distinguer le sauvetage dans des régions sans maître et dans des régions soumises à une souveraineté étatique. Les auteurs de la Convention de Genève n'ont pas donné une solution expresse à la première question indiquée⁵⁷. Je pense que nous pouvons adopter pour le secours prêté dans des régions sans maître la compétence de la loi nationale de l'aéronef qui l'a prêté et pour tous les autres cas la compétence de la loi du lieu où ce secours a été prêté.

d) Les dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface

Dans mon Exposé préliminaire j'ai proposé d'adopter, lorsqu'il s'agit de dommages causés aux tiers à la surface, la

⁵⁶ *Riese*, *Luftrecht*, p. 292; *Hofstetter*, *L'hypothèque aérienne*, p. 236 et s.

⁵⁷ M. *Riese* souligne que « welches Recht hiernach bei einer auf hoher See geleisteten Hilfe massgebend sein soll, bleibt unklar » (*Riese*, o. c., p. 293, note 55).

règle de conflit généralement admise pour le domaine des obligations délictuelles, c'est-à-dire la *lex loci delicti commissi*. Aucun des membres de la Commission n'a décliné cette proposition et un certain nombre d'eux l'a expressément acceptée (MM. Audinet, Babiński, Bolla, Bosco, Hambro, de La Pradelle, Trias de Bes, Udina et Valladão). Je reprends donc cette règle dans mon projet de Résolution.

D. Les règles de conflit concernant les relations juridiques qui ont pris naissance à bord d'un aéronef en vol

Dans mon Exposé préliminaire j'ai souligné que, pour autant qu'il est impossible de préciser le « lieu » de l'aéronef dans un moment donné, il faut établir un lieu fictif pour que la circonstance de rattachement du « loci actus » soit réalisable. En admettant qu'il est bien difficile de trouver une solution appropriée à toutes les exigences dictées par les particularités d'un voyage aérien international, j'ai émis l'opinion que la compétence de la loi nationale de l'aéronef peut être considérée comme une solution acceptable de notre problème. Et cela malgré les doutes que la compétence de cette loi peut susciter. J'ai cité *M. Oppikofer*⁵⁸ qui a souligné que le voyageur connaît l'entreprise aéronautique dont il prend l'aéronef, mais il ne connaît pas toujours la nationalité de ce dernier. Le contrat de transport désigne l'entreprise, le parcours et les voies, mais pas la nationalité de l'aéronef qui va transporter le voyageur. En outre les sociétés aéronautiques de diverses nationalités peuvent former une communauté qui utilise les aéronefs appartenant à l'une des sociétés-membres qui ressortent de divers

⁵⁸ *Oppikofer*, Die aktuellen Probleme des Luftrechts: Revue de droit suisse, vol. 65 (1946), p. 172 a.

Etats⁵⁹. Comme je l'ai dit dans mon Exposé préliminaire, on pourrait peut-être envisager l'application de la loi nationale de l'entreprise aéronautique et non de la loi nationale de l'aéronef. Mais dans un nombre très considérable de cas ces lois seront identiques et d'autre part les difficultés qui proviennent des voyages à escales resteront insurmontables⁶⁰. C'est pour cette raison que j'ai proposé, en traitant le problème dont nous nous occupons, d'accepter la compétence de la loi nationale de l'aéronef.

D'après *M. Fernand De Visser* (v. ses observations sur mon Exposé préliminaire) ce problème « sera sans doute le seul qui fera difficulté devant l'Institut ». Les observations de quelques membres de la 27^e Commission ont déjà reflété ces difficultés.

Je dois tout d'abord reprendre la thèse de mon Exposé préliminaire, en soulignant que la *lex loci* fictive n'est indispensable que dans les cas où la *lex loci* réelle ne peut être établie⁶¹. Je suis donc parfaitement d'accord, en ce qui concerne ce point,

⁵⁹ C'est, par exemple, le cas du SAS (Scandinavian Airlines Systems) qui est un consortium composé des sociétés aéronautiques suédoise, danoise et norvégienne. Cf. *Bernard Dutoit*, La collaboration entre compagnies aériennes, 1957, p. 146 et ss.

⁶⁰ J'ai construit dans mon Exposé préliminaire l'exemple suivant: si un aéronef d'une entreprise anglaise parcourt la ligne Rome-Londres en faisant une escale à Paris, il y a peu de raisons pour soumettre au droit anglais la forme d'un contrat passé par deux Italiens voyageant dans cet aéronef jusqu'à Paris.

⁶¹ Quelques lois internes datant en règle générale des premières années qui suivirent la Première Guerre mondiale déclaraient que *tous* les rapports de droit qui se forment entre personnes, en aéronef national en vol, sont régis par la loi nationale. Cf. les textes cités par *Flavio de Planta*, Principes de droit international privé applicables aux actes accomplis et aux faits commis à bord d'un aéronef, 1955, p. 227 et s. De telles dispositions (comme par exemple, l'article 6 de l'arrêté royal belge du 16 novembre 1919) ont été à juste titre critiquées dans la doctrine.

avec M. de La Pradelle et M. Valladão (v. leurs observations sur mon Exposé préliminaire). Il s'ensuit que la *lex loci* fictive ne doit être établie que dans les cas de vols internationaux d'une grande vitesse et de vols au-dessus de régions non soumises à la souveraineté étatique, comme la haute mer ou les espaces arctiques; et que d'autre part dans tous les cas où la situation d'un aéronef peut être établie sans difficulté (les aéronefs pendant l'atterrissage, pendant des vols internes, les aéronefs à vitesse modérée, comme les hélicoptères, même les aéronefs à grande vitesse parcourant de grands espaces appartenant à un seul Etat), c'est la loi de la *lex loci* réelle qui doit être appliquée. Pour l'application de la *lex loci* fictive ne restent que les cas où la précision de la *lex loci* réelle est irréalisable.

La solution de notre problème proposée dans mon Exposé préliminaire a été acceptée par MM. Bolla, Bosco, de La Pradelle, Trias de Bes, Udina et Valladão. Tous les autres membres de la Commission ont fait d'autres propositions.

Comme je l'ai déjà mentionné ci-dessus, M. Babiński est d'avis qu'une *lex loci* fictive est superflue parce que la technique moderne permet toujours de fixer le lieu réel de la situation de l'aéronef en vol. J'ai exposé ci-dessus les raisons qui ne me permettent pas d'accepter ce point de vue (je renvoie à la partie B-2 de ce rapport provisoire). En outre, le lieu réel de la situation d'un aéronef peut se trouver en dehors de régions soumises à une souveraineté étatique.

En acceptant la nécessité d'établir un lieu fictif de la situation de l'aéronef nous devons donner une réponse à la question de savoir si la *lex loci* fictive doit être une loi unique pour tous les rapports juridiques qui prennent naissance à bord d'un aéronef en vol, ou si cette loi doit être différente pour diverses catégories de ces rapports. M. Hambro, en proposant de « scinder » notre

problème, représente au sein de la Commission cette dernière opinion ⁶².

D'autre part, MM. *Fernand De Visscher* et *Audinet* pensent que nous devons renoncer dans les cas qui nous occupent à la circonstance de rattachement du lieu en en appliquant une autre. Pour M. *Audinet*, c'est la loi du pays où l'acte juridique doit produire ses effets, et en particulier celle du pays où doivent être exécutées les obligations qui en découlent (*lex loci executionis*). M. *Fernand De Visscher* propose une solution plus flexible: il préfère rechercher un lieu rigoureusement fictif de conclusion de l'acte, celui-ci pouvant être recherché suivant les cas dans d'autres circonstances usuelles de rattachement, telles que la nationalité commune des parties, le lieu d'exécution des contrats, éventuellement le lieu de destination commune des parties (et non de l'aéronef). M. *Audinet* veut appliquer la loi d'exécution des obligations aussi à la forme des actes instrumentaires, tandis que M. *Fernand De Visscher* ne touche pas le problème de la forme des actes.

Pour pouvoir donner une réponse à la question qui nous occupe, je pense que nous devons passer en revue les solutions qui furent proposées pour diverses catégories de rapports juridiques.

I. Droits réels (*transfert de propriété*)

La compétence de la *lex rei sitae* en matière de droits réels est universellement reconnue ⁶³. Si par exemple un voyageur vend à un autre voyageur pendant le vol de l'avion un livre se trouvant dans une valise enregistrée à bord du même avion,

⁶² Dans la doctrine cf. *Riese*, *Zeitschrift für Luftrecht*, 7 (1958), p. 283 et ss.

⁶³ *Ernst Rabel*, *The Conflict of Laws*. vol. IV, 1958, p. 30 et ss.

le transfert de la propriété est régie par la *lex rei sitae* de l'objet vendu. Si le contrat de vente a été passé pendant un voyage de deux Allemands entre Hanovre et Paris à bord d'un avion de l'Air France et s'il est impossible de localiser l'aéronef au moment de la passation de ce contrat, des doutes peuvent surgir, si le transfert de la propriété doit être régi par le droit allemand qui exige pour l'accomplissement du transfert la livraison de la chose vendue (art. 929 du Code civil allemand) ou par le droit français qui dispose que la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée (art. 1583 du Code civil français).

On pourrait envisager l'application de la loi nationale de l'aéronef, c'est-à-dire de la loi du lieu de son immatriculation, ou bien de la loi nationale des parties contractantes, si elle leur est commune, ou enfin de la loi du lieu qui est le but du voyage de ces parties contractantes si ce but leur est commun. Je propose de reconnaître la compétence de la loi nationale de l'aéronef qui a le mérite d'être une loi invariable pendant le vol, et, pour autant que l'application de cette loi ne pourrait être justifiée par les circonstances du cas en question, la compétence de la loi nationale commune des parties contractantes, à défaut de nationalité commune, la compétence de la loi du lieu de destination commune de ces parties, et, à défaut d'un tel lieu, la compétence de la loi du lieu jusqu'où elles voyagent ensemble.

II. Contrats

En traitant les contrats conclus à bord d'un aéronef pendant le voyage, nous devons distinguer les conditions de fond et la forme de tels contrats.

Quant aux conditions de fond du contrat, le principe presque universellement admis de l'autonomie de la volonté des parties diminue très essentiellement le champ d'application de la *lex loci actus*. Pour autant qu'une telle application est néanmoins exigée, on propose comme loi du lieu fictif soit la loi nationale des contractants, soit la loi du lieu de départ de l'aéronef ou celle du lieu de son arrivée, soit la loi du pays d'immatriculation de l'aéronef ⁶⁴.

J'ai proposé dans mon Exposé préliminaire d'adopter comme loi du lieu fictif la loi nationale de l'aéronef, c'est-à-dire la loi du pays de son immatriculation, et cela malgré les doutes que cette circonstance de rattachement suscite elle aussi. La majorité de la Commission a approuvé ma proposition. En prenant, cependant, en considération les observations présentées par la minorité de la Commission, je soumetts à une discussion ultérieure de notre Commission la proposition suivante: nous pourrions nous limiter à poser le principe de l'autonomie de la volonté des parties, en laissant au juge la faculté de préciser « the proper law of the contract » dans le cas où l'intention des parties quant à la loi applicable ne pourrait être déterminée, et mentionner les circonstances de rattachement qu'il pourrait prendre en considération. A mon avis, comme telles circonstances de rattachement pourraient être envisagées la loi nationale commune des parties ou bien la loi du lieu d'exécution du contrat.

Quant à la forme des contrats, nous ne devons pas oublier que la compétence de la *lex loci actus* dans la plupart des pays est une compétence facultative: la forme d'un acte peut être, en règle générale, soumise aussi à la loi qui régit son con-

⁶⁴ Cf. *Flavio de Planta*, o. c., p. 63 et ss., qui passe en revue toutes les circonstances de rattachement proposées. — *Fernand De Visscher*, o. c., p. 355 et s., propose la loi du lieu d'exécution du contrat.

tenu. Si nous laissons au juge un large pouvoir de préciser la loi qui doit régir le contenu du contrat en question, nous lui donnons le même pouvoir pour préciser la loi applicable à la forme de ce contrat. C'est seulement dans le cas où d'après cette loi le contrat ne sera pas, quant à sa forme, valable que la recherche de la *lex loci actus* serait d'une importance pratique considérable. Il se pourrait que cette loi valide la forme d'un contrat non valable conformément à la loi qui régit ses conditions de fond. Si nous excluons pour les conditions de fond la compétence de la loi nationale de l'aéronef, je proposerais de faire régir la forme du contrat par la loi nationale de l'aéronef, qui est, je le répète, une loi invariable pendant le vol. Si nous acceptons la compétence de la loi nationale de l'aéronef pour les conditions de fond du contrat, nous pourrions établir une règle de conflit unique pour ces conditions et pour la forme du contrat.

III. Mariages ⁶⁵

La question concernant le droit applicable aux mariages conclus à bord d'un aéronef en vol a une importance pratique minime.

⁶⁵ M. Hambro a proposé dans ses observations de traiter non seulement les mariages conclus à bord d'un aéronef en vol, mais aussi les naissances et les décès y survenus. Dans quelques ouvrages ces sujets sont aussi traités ensemble (par exemple *Riese* dans la *Zeitschrift für Luftrecht*, 1958, p. 290 et ss.). Il me semble cependant que nous devons nous borner aux questions posées par les mariages. Les naissances donnent surtout lieu à des réflexions sur la nationalité de l'enfant acquise *jure soli* (par exemple *Flavio de Planta*, o.c., p. 153 et ss.) et les questions de nationalité dépassent à mon avis le sujet de nos travaux. Ces questions ont été toujours traitées par notre Institut indépendamment des questions de conflits de lois. Quant au décès comme tel, il me semble que son importance en droit international privé est minime (cf. *Riese*, o. c., p. 291).

La loi du lieu de la célébration du mariage peut trouver application pour régir les conditions de la conclusion d'un mariage ou bien sa forme.

Quant aux règles de fond qui régissent le mariage, la compétence de la loi du lieu de célébration est admise aux Etats-Unis et dans un certain nombre de pays latino-américains⁶⁶. Si nous adoptons comme lieu fictif de célébration le pays de l'immatriculation de l'aéronef, nous n'aurons pas de difficultés pour les pays latino-américains, mais de telles difficultés peuvent surgir aux Etats-Unis où la réglementation du droit de mariage appartient à la compétence des Etats-Membres, tandis que l'immatriculation des aéronefs se fait sur les registres fédéraux⁶⁷. Quelques Etats-Membres ont introduit, cependant, leurs propres registres⁶⁸, ce que n'exclut pas l'immatriculation fédérale. Dans ces Etats, les difficultés que je viens de mentionner ne peuvent pas surgir.

Pour autant qu'il s'agit des cas où la nationalité de l'aéronef ne peut pas déterminer la loi applicable, je proposerais d'appliquer la loi du lieu qui est le but du voyage des personnes qui ont conclu leur mariage dans l'aéronef, mais c'est plutôt une question de droit interrégional privé américain que nous pouvons laisser de côté. Pour les autres cas, la loi compétente pourrait être la loi nationale de l'aéronef. Mais tous ces cas sont des cas construits dépourvus de toute importance pratique parce que la célébration de tels mariages se heurtera à des obstacles posés par les dispositions concernant la forme.

Sauf les exceptions minimales, la célébration d'un mariage exige la participation d'un officier d'état civil ou d'une personne

⁶⁶ Cf. *Rabel*, *The Conflict of Laws*, vol. I, 1945, p. 247 et ss.

⁶⁷ Pub. L. 85-726, Title V § 501, Aug. 23, 1958, 72 Stat. 771, cf. USCA Title 49, § 1401.

⁶⁸ Par exemple Michigan (*Michigan Statutes Annotated*, 1952 Revision of volume 8, Title 10, § 10. 176).

ecclésiastique. Si un tel fonctionnaire se trouve à bord d'un aéronef et s'il est compétent d'après sa loi nationale pour procéder à une telle célébration du mariage, c'est sa loi nationale qui devra être considérée comme la *lex loci celebrationis*. Il existe cependant des ordres juridiques qui connaissent la célébration de mariages par simple consentement des parties contractantes⁶⁹. La question se pose de savoir si une telle forme peut être reconnue pour autant qu'elle est sanctionnée par la loi nationale de l'aéronef. L'importance pratique de cette question est aussi minime. Mais il me semble qu'il n'y a pas de raison de donner une réponse négative.

IV. Testaments

Nous devons mentionner en premier lieu que les effets d'un testament doivent rester en dehors de nos délibérations car la *lex loci actus* ne joue aucun rôle dans cette matière⁷⁰. Il ne reste donc qu'à présenter quelques observations sur la forme des testaments.

Un testament peut être un acte authentique ou un acte sous seing privé. Les actes authentiques requièrent une intervention d'un officier public. L'hypothèse de tels actes à bord d'un aéronef est à l'heure actuelle assez théorique, comme l'a judicieusement souligné M. *Fernand De Visscher*, puisqu'elle suppose la présence à bord d'un officier public⁷¹. Je pense que nous pouvons laisser de côté ces cas exceptionnels.

Quant au testament érigé par un acte sous seing privé, je propose de déclarer compétente la loi nationale de l'aéronef.

⁶⁹ Par exemple les *common law marriages* dans quelques Etats des USA: *Ernst Rabel*, o. c., p. 223 et s.

⁷⁰ Cf. *Ernst Rabel*, *The Conflict of Laws*, IV, 1958, p. 340 et ss.

⁷¹ *Fernand De Visscher*, o. c., p. 360.

Cette solution n'est d'une importance pratique que dans le cas où cette loi, en qualité de loi fictive du lieu de la confection du testament, permettra de considérer ce testament valable quant à sa forme malgré le fait qu'il ne le serait pas par application de la *lex causae*.

M. *Hambro* a posé dans ses observations sur mon Exposé préliminaire la question de savoir si un testament fait à bord d'un avion en vol ne pourrait être traité comme un testament fait en guerre ou dans d'autres situations dangereuses où les législations nationales admettent généralement des formes simplifiées. La réglementation envisagée par M. *Hambro* dépasse, à mon opinion, l'objet de nos travaux car nous devons élaborer des règles de conflit et non des règles de fond. Les formes simplifiées de testaments rédigés à bord d'un aéronef ne pourraient trouver application que si elles étaient admises par la loi matérielle déclarée compétente par la règle de conflit.

(Heidelberg, le 15 juillet 1959.)

Projet de Résolutions

L'Institut de Droit international,

Rappelant ses Résolutions antérieures concernant les problèmes de droit aérien, notamment la Résolution sur le régime juridique des aérostats (session de Madrid, 1911), la Résolution sur la navigation aérienne internationale (session de Lausanne, 1927) et le Projet de Convention sur le règlement des compétences pénales en cas d'infractions commises à bord d'aéronefs privés (session de Luxembourg, 1937);

Limitant l'objet de ses Résolutions présentes aux conflits de lois en matière de droit aérien privé;

Partant du principe que les règles générales de conflit de lois doivent trouver application dans ce domaine spécial, pour autant que la nature même de l'aviation et l'économie du transport aérien n'exigent pas la création de règles de conflit spéciales;

Adopte les Résolutions suivantes:

A. Les circonstances de rattachement

Article premier

La nationalité de l'aéronef est celle de l'Etat sur les registres duquel l'aéronef est immatriculé.

Article 2

Pour autant que le « lieu » de l'aéronef ne peut être établi ou qu'il se trouve dans des régions non soumises à la souveraineté étatique, la loi du lieu de la situation de l'aéronef ne peut être qu'une loi fictive qui peut varier selon diverses catégories de rapports juridiques exigeant l'application de la loi du lieu.

*B. Les règles de conflit concernant les relations juridiques ayant pour objet l'aéronef lui-même**I. Les droits réels**1. La propriété des aéronefs**Article 3*

La propriété de l'aéronef est régie par sa loi nationale.

*2. Les hypothèques et les privilèges sur les aéronefs**Article 4*

L'hypothèque sur un aéronef est régie par la loi nationale de celui-ci.

La validité des privilèges et le classement des créanciers concernant les aéronefs sont régis par la loi nationale de l'aéronef, sauf les exceptions suivantes:

les créances afférentes *a)* aux rémunérations dues pour sauvetage de l'aéronef et *b)* aux frais extraordinaires indispensables à la conservation de l'aéronef sont préférables à condition d'être privilégiées et assorties d'un droit de suite au regard de la loi de l'Etat où ont pris fin les opérations de sauvetage ou de conservation.

II. *Les obligations*

1. *Les obligations contractuelles*

a) La location et l'affrètement des aéronefs

Article 5

La location et l'affrètement des aéronefs sont régis par la loi à laquelle les parties ont manifesté l'intention de les soumettre.

Si les parties n'ont pas manifesté la volonté d'accepter la compétence d'une loi quelconque, mais si elles sont convenues de soumettre les contestations qui peuvent surgir de l'application du contrat à un tribunal arbitral, ce sont les règles de conflit en vigueur au lieu du siège de ce tribunal qui doivent trouver application.

Si les parties ne sont pas convenues de soumettre les contestations susmentionnées à un tribunal arbitral, la location et l'affrètement seront soumis à la loi nationale de l'aéronef.

b) Le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef

Article 6

Le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef est régi par la loi nationale de l'aéronef et, pour le cas où l'aéronef est exploité par une compagnie étrangère et affrété sans équipage, par la loi du lieu de passation du contrat.

c) Le contrat de transport de personnes et de marchandises

Article 7

Le contrat de transport de personnes et de marchandises est régi par la loi à laquelle les parties ont manifesté l'intention de le soumettre.

Pour autant que les parties n'ont pas fixé la loi applicable, c'est la loi du lieu du principal établissement du transporteur qui doit trouver application.

2. *Les obligations non contractuelles*

a) *L'abordage aérien*

Article 8

En cas d'abordage aérien survenu dans l'espace soumis à une souveraineté étatique, c'est la loi du lieu où cet abordage est survenu qui doit trouver application.

En cas d'abordage aérien survenu dans l'espace non soumis à une souveraineté étatique, c'est la loi nationale des aéronefs, si elle leur est commune, qui doit être appliquée. A défaut d'une telle loi, en cas d'abordage délictueux c'est la loi nationale de l'aéronef abordé qui doit être appliquée et, en cas d'abordage fortuit, la loi du lieu du tribunal saisi.

b) *L'assistance et le sauvetage*

Article 9

En cas d'assistance et de sauvetage effectués dans des régions soumises à une souveraineté étatique, c'est la loi du lieu où le secours a été prêté qui doit trouver application.

Dans tous les autres cas, c'est la loi nationale de l'aéronef qui a prêté le secours qui est appliquée.

c) *Les dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface*

Article 10

Les dommages causés par l'aéronef aux tiers à la surface sont régis par la loi du lieu où ils ont été causés.

C. Les règles de conflit concernant les relations juridiques qui ont pris naissance à bord d'un aéronef en vol

I. Les droits réels (transfert de propriété)

Article 11

Les droits réels nés à bord d'un aéronef en vol sont régis, en règle générale, par la loi nationale de l'aéronef. Pour autant que l'application de cette loi ne peut être justifiée par les circonstances concrètes du cas en question, la loi du lieu sera remplacée par la loi nationale commune des parties, à défaut d'une telle loi, par la loi du lieu de leur destination commune, et, à défaut d'une telle loi, par la loi du lieu jusqu'où les parties voyagent ensemble.

II. Les contrats

Article 12

Les conditions de fond d'un contrat sont régies par la loi déclarée compétente par les parties contractantes.

Si les parties n'ont pas manifesté leur volonté quant à la loi compétente, la loi du lieu de la conclusion du contrat sera remplacée par la loi nationale commune des parties et, à défaut d'une telle loi, par la loi d'exécution du contrat.

Pour la forme du contrat, c'est la loi nationale de l'aéronef qui remplacera la loi du lieu de la passation du contrat.

III. Les mariages

Article 13

Pour les conditions de fond d'un mariage conclu à bord d'un aéronef la loi du lieu de la célébration du mariage sera remplacée par la loi nationale de l'aéronef.

La forme du mariage sera régie par la loi de l'Etat du magistrat qui a procédé à la célébration du mariage.

La possibilité de conclure un mariage par simple consentement des parties contractantes est régie par la loi nationale de l'aéronef.

IV. Les testaments

Article 14

Pour la forme d'un testament érigé comme acte sous seing privé la loi du lieu de sa confection sera remplacée par la loi nationale de l'aéronef.

(Heidelberg, le 15 juillet 1959.)

ANNEXE

I. Exposé préliminaire

présenté

par

M. Alexandre Makarov

La vingt-septième Commission de l'Institut¹ est chargée d'élaborer un rapport sur les « Conflits de lois en matière de droit aérien ».

L'Institut de Droit international s'est occupé plusieurs fois de problèmes du droit aérien. Dans les premiers temps de la circulation aérienne, en avril 1911, la session de Madrid a adopté une Résolution sur le régime juridique des aérostats (rapporteurs MM. Fauchille et Nys)². A Lausanne, en septembre 1927, fut adoptée la Résolution sur la navigation aérienne internationale (rapporteur M. Fernand De Visscher)³. Dix ans plus tard, en septembre 1937, fut adopté un Projet de convention sur le règlement des compétences pénales en cas d'infractions commises à bord d'aéronefs privés (rapporteur M. Fernand De Visscher)⁴.

1. En abordant nos travaux nous devons en premier lieu délimiter leur objet.

Au cours de la session de Cambridge (1931) l'Institut a créé conformément à une proposition de M. Fernand De Visscher une Commission pour l'étude des conflits de lois en matière

¹ La vingt-septième Commission de l'Institut est ainsi constituée: M. Makarov (rapporteur); MM. Audinet, Babiński, Bolla, Bosco, Hambro, de La Pradelle, Ripert, Trias de Bes, Udina, Valladão, Fernand De Visscher.

² *Annuaire*, 1911, vol. 24, p. 346.

³ *Annuaire*, 1927, vol. 33, tome III, p. 337.

⁴ *Annuaire*, 1937, vol. 40, p. 276.

de navigation aérienne⁵. M. Fernand De Visscher a été désigné comme rapporteur de cette Commission. Se ralliant à l'opinion de son rapporteur, la Commission fut unanime à reconnaître que la matière était trop vaste pour être embrassée dans son ensemble⁶ et elle a limité ses travaux à l'étude des conflits de lois pénales en droit aérien. En envisageant les problèmes qui pouvaient former l'objet de ses travaux, la Commission a éliminé les questions de droit privé (comme la propriété des aéronefs, les hypothèques et privilèges qui peuvent les grever, les engagements du personnel, les contrats de transport, les actes juridiques passés à bord d'un aéronef, etc.). Cette élimination a été décidée pour les raisons suivantes⁷. D'une part à l'époque où la Commission abordait ses travaux un nombre de problèmes a été déjà réglé par des Conventions multilatérales qui ont permis d'unifier les règles de droit respectives et, partant, de restreindre le champ d'application des règles de conflit. Une telle unification a été réalisée en matière de contrat de transport aérien (Convention de Varsovie de 1929) et de la responsabilité pour dommages causés aux tiers à la surface (Convention de Rome de 1933). En matière de propriété comme de privilèges, des projets d'unification ont été à la même époque à l'étude, et la réglementation des hypothèques a formé l'objet de travaux fort poussés. D'autre part l'application des règles générales de conflit de lois aux actes juridiques passés à bord d'un aéronef, sans égard aux circonstances particulières créées par la navigation aérienne, application approuvée par un nombre d'auteurs, diminuait l'intérêt porté aux questions de conflit de lois en matière de droit aérien privé.

⁵ *Annuaire*, tome 36 II (1931), p. 225.

⁶ *Annuaire*, tome 40 (1937), p. 9.

⁷ Cf. le rapport de M. Fernand De Visscher: *Annuaire*, tome 40 (1937), p. 9 et s.

Depuis l'époque des travaux de la Commission présidée par M. Fernand De Visser un nombre de conventions multilatérales, ayant pour objet la codification de certaines règles de droit privé aérien et par conséquent l'unification des dispositions juridiques respectives, ont été élaborées et sont en partie entrées en vigueur. La Convention multilatérale pour l'unification de certaines règles relatives à l'assistance et au sauvetage des aéronefs ou par les aéronefs en mer (elle n'est pas entrée en vigueur) porte la date du 29 septembre 1938. Celle relative à la reconnaissance internationale des droits sur l'aéronef est datée du 19 juin 1948 (Convention de Genève). La Convention de Rome de 1933 relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs a subi une révision à Rome même; la nouvelle Convention a été signée le 7 octobre 1952. La Convention susmentionnée de Varsovie pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (1929) a été modifiée par un protocole signé à La Haye le 28 septembre 1955.

Néanmoins nous tenons à constater que les règles de conflit de droit aérien privé n'ont rien perdu en importance. Tout d'abord on doit souligner que les conventions susmentionnées n'ont pas unifié toutes les matières de droit aérien privé. Même dans le domaine unifié les dispositions de ces conventions n'épuisent pas toutes les questions et exigent par conséquent l'application de règles de conflit, sans parler de la Convention de Genève de 1948 sur la reconnaissance des droits sur l'aéronef, qui s'est placée, au moins partiellement, sur le terrain du droit international privé, en unifiant les règles de conflit et non celles de fond.

Une codification du droit international privé aérien a été entreprise au cours des dernières trente années soit par des traités internationaux, soit par des lois internes de divers pays.

Un nombre de dispositions en question font partie du Code Bustamante de 1928 (art. 274 à 294). Le Traité de Montevideo

de 1940 sur le Droit international de la navigation commerciale contient une disposition (art. 43) qui déclare les règles établies par ce Traité pour la navigation maritime et fluviale applicables aussi à la navigation aérienne. Quant aux lois internes c'est le législateur italien qui a réalisé dans son *Codice della navigazione* de 1942 la codification la plus complète du droit international privé aérien, en posant les règles de conflit concernant la navigation maritime simultanément avec celles de la navigation aérienne. Des règles de conflit dispersées se trouvent dans le Code brésilien de l'air du 8 juin 1938, dans le Code de législation aéronautique du 3 décembre 1942 de l'Uruguay, dans les lois relatives à la navigation aérienne de la Belgique (loi du 27 juin 1937), de la France (Code de l'aviation civile et commerciale du 30 novembre 1955), de la Grèce (loi du 30 juin 1931) et dans un certain nombre d'autres législations.

D'autre part on doit constater que l'intérêt que la science juridique porte aux problèmes de conflit de lois en matière de droit aérien privé n'a pas diminué et que nombre de monographies et d'articles ont paru sur des questions appartenant à ce domaine spécial.

Etant donné que les conflits de lois en matière de droit pénal ont été déjà l'objet de délibérations au sein de l'Institut et qu'une Résolution sur ce sujet a été adoptée par notre compagnie en 1937, nous devons limiter, à mon avis, nos études aux conflits de lois en matière de droit aérien *privé*.

2. En traitant les problèmes des conflits de lois en matière de droit aérien privé nous devons adopter, à mon avis, comme point de départ le principe que les règles générales de conflit de lois doivent trouver application dans notre domaine spécial, pour autant que la nature même de l'aviation n'exige pas, d'une manière incontestable, la création de règles de conflit spéciales.

Les relations juridiques liées à la navigation aérienne peuvent être classées dans les catégories suivantes :

- a) Les relations juridiques ayant pour objet l'aéronef lui-même (la propriété des aéronefs, les hypothèques et privilèges qui peuvent les grever);
- b) Les relations juridiques concernant l'engagement du personnel de l'aéronef;
- c) Les relations juridiques ayant pour objet le transport de personnes et de marchandises par aéronef;
- d) Les relations juridiques qui ont pris naissance à bord d'un aéronef (surtout les actes y accomplis);
- e) Les relations juridiques nées de dommages causés aux tiers à la surface.

En appliquant les règles générales de conflit de lois aux matières que nous venons d'énumérer et en les interprétant d'une manière spéciale ou en les modifiant, pour autant que de telles interprétations ou de telles modifications sont exigées par la nature même des rapports juridiques réglés par le droit aérien, nous devons constater que ces interprétations et ces modifications ont pour objet surtout des règles de conflit utilisant deux circonstances de rattachement très importantes: la nationalité de l'aéronef et son « lieu » (*situs*), cette dernière étant d'une importance décisive pour l'interprétation de la règle prescrivant l'application de la *lex rei sitae* ainsi que pour l'interprétation de l'adage *locus regit actum*.

Vu l'importance de ces deux circonstances de rattachement, nous devons commencer notre exposé par leur interprétation appropriée aux particularités du droit aérien.

3. Les circonstances de rattachement.

- a) La nationalité de l'aéronef.

Il est en règle générale admis que les aéronefs ont une nationalité. C'est une notion de pure technique juridique, une notion qui n'est pas identique à celle de la nationalité des personnes physiques, mais cette notion est admise non seulement en théorie, mais aussi en droit positif. En règle générale la nationalité de l'aéronef est celle de l'Etat sur les registres duquel l'aéronef est immatriculé (cf. la Résolution de notre Institut sur la navigation aérienne internationale, adoptée en 1927 à Lausanne, art. IV alinéa 1; la Convention de Chicago de 1944 relative à l'aviation civile internationale, art. 17). L'acquisition et la perte de la nationalité des aéronefs dépendent donc des conditions de leur immatriculation établies par les législations nationales des Etats. Ces conditions peuvent être très diverses d'un pays à l'autre, mais il n'est pas nécessaire, à mon avis, de nous en occuper dans notre rapport. Ce qu'on examine en traitant la nationalité en droit international privé ce sont les cas de nationalité multiple et d'apatridie. Mais, étant donné que l'immatriculation de l'aéronef dans un registre quelconque est la condition préalable du droit de survol, et que d'autre part l'immatriculation d'un aéronef dans plusieurs registres est en règle générale prohibée en droit positif (cf. par exemple l'article 18 de la Convention de Chicago), les conflits positifs ou négatifs de nationalité n'ont en droit aérien qu'une importance minime.

b) Le « lieu » (*situs*) de l'aéronef.

L'importance en droit international privé du lieu de la situation d'une chose et du lieu de l'accomplissement d'un acte juridique est bien connue. En matière de droit international privé aérien le rattachement au lieu où se trouve l'aéronef est important pour les rapports juridiques ayant pour objet l'aéronef lui-même et d'autre part pour les actes juridiques accomplis à bord d'un aéronef. La vitesse du vol d'un aéronef qui croît

toujours grâce au progrès de la technique, rend en règle générale impossible toute localisation réelle d'un aéronef en vol et, partant, des actes passés à son bord pendant le voyage. Pour autant que le vol d'un aéronef est un vol international et que la loi du lieu de la situation de l'aéronef doit être appliquée, il est en règle générale absolument impossible de préciser la loi devant trouver application. Il est donc indispensable de construire un lieu fictif pour être à même de trouver la loi applicable.

Sans entrer pour le moment dans les détails, il nous paraît juste de poser d'ores et déjà le principe que la loi fictive du lieu de la situation de l'aéronef ne doit pas être à tout prix une loi unique pour tous les rapports juridiques réglés par le droit aérien. Elle peut plutôt varier d'une catégorie de rapports à d'autres.

4. Les rapports juridiques ayant pour objet l'aéronef lui-même.

L'aéronef est une chose. A propos de cette chose peuvent surgir des questions ayant pour objet la propriété des aéronefs ou bien les hypothèques ou les privilèges qui peuvent les grever. En matière de droits réels la compétence de la *lex rei sitae* est universellement reconnue. Mais la nature même de la navigation aérienne — nous venons de le souligner — rend la fixation de cette loi très souvent impossible. On doit donc trouver une *lex rei sitae* fictive. Nous procéderons à l'analyse des solutions appropriées pour diverses catégories de droits réels.

a) Propriété des aéronefs. — Quelques pays ont spécialement organisé la propriété des aéronefs: ils les ont « immobilisés » ayant créé un registre aéronautique aux effets non seulement de droit public mais aussi de droit privé (cf. par exemple l'article 10 du Code français de l'aviation civile et commerciale). Dans d'autres Etats les aéronefs ne sont que des meubles ordinaires (par exemple en Angleterre, en Suisse). Dans les pays

qui ont organisé un registre aéronautique aux effets de droit privé, la doctrine se prononce en règle générale, en traitant les questions concernant la propriété des aéronefs, en faveur de la compétence de la loi nationale de l'aéronef, c'est-à-dire de la loi du pays de son immatriculation. Cette loi est considérée comme étant compétente même pour les aéronefs se trouvant au sol. D'autres auteurs plaident en faveur de la compétence de la loi de la situation réelle de l'aéronef, en admettant des exceptions pour les cas où il existe une législation spéciale sur les transferts de propriété des aéronefs. Cette dernière solution n'est réalisable que si la « situation réelle » de l'aéronef peut être précisée.

La Convention de Genève de 1948 relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronef n'a pas obligé les Etats contractants à instituer des registres aériens de droit privé, mais la ratification de la Convention aura probablement pour conséquence l'introduction de tels registres aéronautiques dans tous les Etats participant à la Convention. Car l'Etat qui n'instituera pas de registres aux effets de droit privé s'engagera à reconnaître, dans son pays, les droits créés sur les aéronefs étrangers, sans s'assurer la reconnaissance, dans les autres pays, des droits créés sur les aéronefs nationaux.

Je pense que nous devons dans notre Rapport et dans notre projet de Résolution appuyer la tendance qui s'est manifestée non seulement dans la doctrine mais aussi dans la Convention de Genève de 1948, et adopter la règle que la propriété des aéronefs doit être soumise à la loi de l'Etat d'immatriculation.

b) L'hypothèque et les privilèges sur les aéronefs. — L'hypothèque sur les aéronefs n'est connue que dans quelques pays dont le nombre est assez considérable. Dans quelques autres pays nous trouvons d'autres formes de sûreté réelle applicables

aux aéronefs, comme les *mortgage*, *floating charge*, *equipment trust* du droit américain.

Malgré les doutes exprimés jadis sur la portée pratique d'une hypothèque sur les aéronefs, la littérature de nos jours, grâce aux grands progrès techniques de la construction des aéronefs qui ont augmenté leur stabilité d'une part, et aux besoins de crédits d'autre part, est, en ce qui concerne l'importance pratique d'introduction d'une telle hypothèque, beaucoup plus encline à l'admettre.

Du point de vue des conflits de lois la question se pose de savoir si l'hypothèque sur un aéronef doit être soumise à sa loi nationale ou non. « L'immobilisation » des aéronefs par une organisation de registres aux effets de droit privé n'est connue, comme nous l'avons déjà pu constater, que dans quelques pays; ces registres ne peuvent donc jouer dans le domaine dont nous nous occupons le même rôle que les registres maritimes. Néanmoins je pense que nous devons reconnaître la compétence de la loi nationale de l'aéronef en matière d'hypothèques vu la tendance moderne de réaliser « l'immobilisation » des aéronefs que nous avons déjà mentionnée ci-dessus. Nous ne devons pas oublier qu'en droit maritime il a fallu aussi attendre assez longtemps pour voir la reconnaissance internationale de la compétence de la loi nationale des navires en matière d'hypothèque et de privilèges maritimes.

La détermination de la loi applicable à la validité des privilèges et au classement des créanciers en droit aérien fait naître des difficultés très considérables. En droit maritime les solutions suivantes ont été proposées pour trancher les questions analogues: *a)* la compétence de la *lex fori*; *b)* la compétence de la loi nationale (la loi du pavillon); *c)* la compétence de la *lex rei sitae* pour la validité des privilèges et de la loi du pavillon pour le classement des créances. Aucun de ces systèmes ne

peut satisfaire pleinement. La solution en faveur de la loi nationale a le mérite d'une certaine uniformité et évite par conséquent les difficiles questions d'adaptation de deux lois différentes. Mais ce système a l'inconvénient de créer des inégalités entre des créanciers du même pays. Si la Commission veut néanmoins inscrire dans notre projet de Résolution une règle de conflit concernant les privilèges de droit aérien, je proposerais d'adopter la solution en faveur de la loi nationale parce qu'elle comporte moins d'inconvénients que les autres.

5. Le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef.

Le problème de la loi applicable au contrat d'engagement du personnel navigant de l'aéronautique est un problème très controversé. L'avant-projet de la convention relative à la situation juridique du personnel navigant de l'aéronautique élaboré par le CITEJA en 1932 voulait soumettre le contrat d'engagement d'un membre du personnel navigant, sous réserve des dispositions de la Convention, à la loi de l'Etat où l'aéronef en question est immatriculé, c'est-à-dire à sa loi nationale (Avant-projet, art. 2). Il me semble que c'est une solution qui peut être adoptée par notre projet de Résolution. Nous ne devons pas oublier que les grandes entreprises de transport aérien concluent des contrats-types avec des organisations professionnelles de pilotes aériens, des contrats qui excluent l'individualisation de la situation juridique du personnel navigant. Etant donné que l'immatriculation des aéronefs s'effectue en règle générale au siège social des entreprises de transport aérien la loi nationale de l'aéronef sera identique à celle du lieu du siège social de l'entreprise.

6. Les relations juridiques ayant pour objet le transport de personnes et de marchandises.

Les dispositions relatives au transport aérien international ont été dans certaines limites unifiées par la Convention de

Varsovie en date du 12 octobre 1929 qui a subi quelques modifications par le protocole signé à La Haye le 28 septembre 1955. L'application de la Convention de Varsovie n'exclut, cependant, pas la nécessité de poser des règles de conflit, étant donné que cette Convention n'embrasse pas tous les Etats appartenant à la communauté internationale d'une part, et que d'autre part ses dispositions n'épuisent pas tous les problèmes de la matière dont nous nous occupons.

En envisageant les règles de conflit concernant le contrat de transport, on devrait donc distinguer deux groupes de cas: *a)* le cas où les règles de fond ne sont pas unifiées, c'est-à-dire où la Convention de Varsovie et le protocole de La Haye ne sont pas applicables (il s'agit, par exemple, d'un vol international entre deux Etats ne faisant pas partie de la Convention, ou entre deux Etats dont l'un seulement l'a ratifiée); *b)* le cas où la Convention est applicable, mais où il s'agit de déterminer par l'intermédiaire de règles de conflit les lois internes appelées à combler les lacunes de la Convention. Mais si on se rend compte que pour combler ces lacunes les mêmes règles de conflit ne doivent trouver application que dans les cas où la Convention de Varsovie est inapplicable, il suffit que nous nous occupions de ces règles générales.

Le transport aérien s'effectue, en règle générale, par de grandes entreprises qui ne connaissent que des contrats-types. L'interprétation de ces contrats est soumise à la législation en vigueur au siège de l'entreprise, pour autant que le contrat n'indique pas la loi compétente pour cette interprétation. Dans les cas exceptionnels où le transport n'est pas confié à une telle entreprise, il n'existe, à mon avis, pas de motifs pour exclure la règle permettant aux parties de choisir la loi à appliquer à leur rapport contractuel. Pour autant que les parties n'ont pas fixé la loi applicable c'est la loi du lieu du principal établissement du transporteur qui doit trouver application (cf. la

Résolution de notre Compagnie, Session de Florence, 1908: *Résolutions de l'Institut de Droit international 1873-1956*, p. 309, qui visait entre autres le contrat de transport de personnes ou de choses par chemin de fer, voiture ou bateau; rien n'empêche de « moderniser » cette disposition et de l'appliquer aussi au transport aérien).

Il n'est pas, à mon avis, nécessaire de régler dans notre projet quelques questions spéciales qui sont ou bien des questions préalables (par exemple la détermination de l'ayant-droit d'intenter une action en responsabilité après le décès d'un voyageur) ou des questions de qualification (par exemple le problème de la nature contractuelle ou délictuelle de l'action de cet ayant-droit), ces questions devant être réglées par les dispositions générales du droit international privé.

7. Les relations juridiques qui ont pris naissance à bord d'un aéronef (surtout les actes y accomplis).

Nous avons déjà souligné ci-dessus la difficulté d'établir avec précision la situation de l'aéronef en vol au moment où un événement à bord s'est réalisé. La vitesse du vol rend en règle générale impossible toute localisation réelle des actes accomplis pendant le voyage aérien. Bien entendu ces difficultés ne surgissent que dans le cas d'un vol *international*. Je pense que nous pouvons laisser de côté les problèmes très compliqués d'un survol d'un Etat aux systèmes juridiques complexes.

Pour autant qu'il est impossible de préciser le « lieu » de l'aéronef dans un moment donné, il faut établir, nous avons eu déjà l'occasion de le dire, un lieu fictif pour que la circonstance de rattachement du *loci actus* soit réalisable.

On a proposé diverses solutions du problème de la *lex loci* fictive, mais aucune de ces propositions n'a été acceptée dans la jurisprudence ou dans la doctrine plus ou moins universellement. Nous devons souligner qu'il s'agit d'une fiction du lieu,

c'est-à-dire de la concrétisation d'une circonstance de rattachement, mais aucunement de la soumission de tous les problèmes juridiques naissant à bord d'un aéronef en vol à une loi unique.

Quant aux solutions proposant d'adopter une loi unique comme *lex loci* fictive pour tous les actes passés à bord d'un aéronef en vol, la proposition la plus répandue dans la doctrine est celle de la compétence de la loi nationale de l'aéronef, c'est-à-dire de la loi de l'Etat où l'aéronef est immatriculé. Les autres propositions, en règle générale très critiquées, sont celles de la compétence de la loi du lieu de départ de l'aéronef ou de celle du lieu de son arrivée. Aucune de ces solutions ne peut satisfaire complètement. Les points de départ et d'arrivée sont souvent accidentels. En adoptant leur compétence de fixer la loi applicable, nous aboutirons au changement continu de statut, car la loi à appliquer devra changer après chaque atterrissage de l'aéronef. Mais la loi nationale de l'aéronef qui a le grand mérite d'être une loi invariable pendant le vol suscite elle aussi quelques doutes. Comme on l'a souligné dans la doctrine (cf. par exemple Oppikofer dans la *Revue de droit suisse*, vol. 65 (1946), p. 172 a) le voyageur connaît l'entreprise aéronautique dont il prend l'aéronef, mais il ne connaît pas toujours la nationalité de ce dernier. Le contrat de transport désigne l'entreprise, le parcours et les voies, mais pas la nationalité de l'aéronef qui va transporter le voyageur. Celle-ci peut être même inconnue au moment de la passation du contrat. Les sociétés de navigation aérienne de diverses nationalités forment souvent une communauté d'entreprises: elles se réservent d'effectuer le transport par leurs propres aéronefs ou par des aéronefs d'une autre société appartenant à cette communauté. On pourrait peut-être envisager l'application de la loi nationale de l'entreprise de navigation aérienne. Mais les difficultés qui proviennent des voyages à escales restent insurmontables. Si un aéronef d'une entreprise anglaise parcourt la

ligne Rome-Londres en faisant une escale à Paris, il y a peu de raisons pour soumettre au droit anglais la forme d'un contrat passé par deux Italiens voyageant dans cet aéronef jusqu'à Paris.

Il est donc bien difficile de trouver une solution appropriée à toutes les exigences dictées par les particularités d'un voyage aérien international. Nous ne devons cependant pas oublier que la compétence de la *lex loci actus* est en droit international privé en règle générale une compétence facultative: la forme d'un acte peut être soumise aussi à la loi qui régit son contenu. Il y a certes des pays qui considèrent la *lex loci actus* compétente aussi pour apprécier le fond d'un acte. Je pense que la compétence de la loi nationale de l'aéronef peut être considérée comme une solution acceptable quoique ne répondant pas toujours à toutes les particularités d'un cas concret.

8. Dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface.

La responsabilité envers les tiers à la surface prend, en droit aérien, une ampleur inconnue à d'autres branches du droit. D'autre part la divergence de législations sur les principes de la responsabilité dans notre matière est très grande, tandis que les Conventions internationales qui ont eu pour but l'unification de certaines règles relatives à la matière dont nous nous occupons (Convention de Rome du 29 mai 1933; protocole additionnel de Bruxelles du 29 septembre 1938, Convention de Rome du 7 octobre 1952) n'ont été ratifiées jusqu'à présent que par un nombre minime d'Etats.

La règle adoptée généralement en droit international privé pour le domaine des obligations délictuelles est la règle de la compétence de la *lex loci delicti commissi*. Les restrictions d'application de cette règle proposées dans la doctrine moderne ne peuvent trouver application dans notre matière, car nous nous occupons de vols internationaux, tandis que les restrictions que je viens de mentionner ne visent que les cas où le statut

personnel est identique pour celui qui cause le dommage et celui qui le subit.

Je pense que nous n'avons pas de raisons d'écarter la règle généralement admise, c'est-à-dire l'adage de la compétence de la *lex loci delicti commissi* lorsqu'il s'agit de dommages causés aux tiers à la surface.

(9 juillet 1958.)

II. Questionnaire

1. Adoptez-vous le point de vue de l'Exposé préliminaire que le rapport doit avoir pour objet les règles de conflit du droit aérien *privé* ?

2. Acceptez-vous le principe que les règles générales de conflit de lois doivent trouver application dans notre domaine spécial, pour autant que la nature même de l'aviation n'exige pas d'une manière incontestable la création de règles de conflit spéciales ?

3. Adoptez-vous la classification des rapports juridiques faisant l'objet de nos recherches exposée ci-dessus au n° 2 du texte ?

4. Etes-vous d'accord qu'en traitant les circonstances de rattachement il nous suffit de constater que la nationalité de l'aéronef est celle de l'Etat sur les registres duquel l'aéronef est immatriculé, et que la loi du « lieu » de l'aéronef, lorsqu'il s'agit de vols internationaux, doit être une loi d'un lieu fictif ?

5. Acceptez-vous la proposition de l'Exposé préliminaire de soumettre la propriété des aéronefs, les hypothèques et les privilèges aériens à la loi de l'Etat d'immatriculation de l'aéronef ?

6. Adoptez-vous la proposition de l'Exposé de soumettre le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef à la loi du lieu de son immatriculation ?

7. Etes-vous d'accord que les actes passés à bord d'un aéronef en vol doivent être soumis, pour autant que les règles de conflit compétentes se réfèrent à la *lex loci actus*, à la loi d'immatriculation de l'aéronef ?

8. Acceptez-vous la règle soumettant les dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface à la *lex loci delicti commissi* ?

(9 juillet 1958.)

*III. Observations de membres de la vingt-septième Commission
en réponse à l'Exposé préliminaire et au Questionnaire
de M. A. Makarov du 9 juillet 1958*¹

1. Observations de M. André Audinet

Aix-en-Provence, le 7 février 1959.

Monsieur le Professeur et cher Confrère,

Je dois d'abord vous adresser beaucoup d'excuses en raison du retard que j'ai apporté à répondre à l'Exposé préliminaire et au Questionnaire que vous avez bien voulu m'envoyer comme rapporteur de la 27^{me} Commission de l'Institut de Droit international chargée d'étudier les « Conflits de lois en matière de Droit aérien ». Des ennuis répétés de santé ne m'ont pas permis, depuis quelque temps, de m'acquitter avec la diligence nécessaire de mes diverses tâches, et vous expliquent le caractère tardif des réponses que je viens donner à votre Questionnaire.

Sur plusieurs points je suis entièrement d'accord avec les solutions que vous proposez dans votre travail si précis et si clair. Sur d'autres cependant, je me permettrai de faire quelques réserves.

1. Je suis d'accord pour admettre que le rapport ne doit avoir pour objet que les règles de conflit du droit aérien *privé*.

2. J'accepte le principe que les règles générales de conflit de lois doivent trouver application dans le domaine particulier de la navigation aérienne, dans la mesure où la nature même de l'aviation n'exige pas, d'une manière incontestable, la création de règles de conflits spéciales.

3. J'adopte comme classification des rapports juridiques à examiner celle qui est proposée au n° 2 de votre exposé préliminaire

¹ M. Bosco a répondu par un « oui » à toutes les questions contenues dans le Questionnaire du rapporteur.

4. J'accepte l'idée qu'au point de vue des circonstances de rattachement il suffit de constater que la nationalité de l'aéronef est celle de l'Etat sur les registres duquel l'aéronef est immatriculé et que la loi du « lieu » de l'aéronef, lorsqu'il s'agit de vols internationaux, doit être une loi d'un « lieu » fictif, au moins en ce qui concerne la condition juridique de l'aéronef lui-même. Mais je n'admettrais pas aussi largement que le fait votre Exposé préliminaire la compétence de la loi de ce « lieu » fictif, qui n'est autre que la loi du pays d'immatriculation, lorsqu'il ne s'agit plus seulement de la condition juridique de l'aéronef lui-même, mais des autres rapports juridiques de droit privé auxquels peut donner lieu la navigation aérienne, par exemple les relations de l'entreprise avec son personnel d'exploitation, ou les actes juridiques accomplis à bord d'un aéronef en vol (v. point 6 et 7).

5. Je suis tout à fait d'avis de soumettre la propriété de l'aéronef, les hypothèques et les privilèges aériens dont il peut être affecté, à la loi de l'Etat où il a été immatriculé.

6. En ce qui concerne le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef, votre Exposé préliminaire propose de lui appliquer la loi nationale de l'aéronef (c'est-à-dire la loi de son pays d'immatriculation) qui sera identique à celle du lieu du siège social de l'entreprise, l'immatriculation des aéronefs s'effectuant, en *règle générale* (dites-vous) à ce siège social (v. p. 12).

Sans méconnaître qu'il en sera, en effet, bien souvent ainsi, je préférerais attribuer compétence à la loi du pays où l'entreprise possède l'établissement qui a engagé le personnel, pour tenir compte du cas où ce pays ne serait pas celui de l'immatriculation de l'aéronef, et aussi de l'hypothèse où l'entreprise aurait, en dehors d'un établissement principal situé dans un pays, des établissements secondaires situés dans d'autres pays et ayant un personnel dirigeant apte à contracter en son nom.

7. Quant aux actes juridiques accomplis à bord d'un aéronef en vol, je reconnais qu'étant donné les vitesses actuellement atteintes, il est impossible de les soumettre à une localisation correspondant effectivement à la réalité. Devant cette impossibilité, je préférerais adopter comme loi compétente, soit à titre de loi interprétative ou supplétive de la volonté des parties, soit à titre de loi impérative ou prohibitive, la loi du lieu où l'acte juridique doit produire ses effets, et en particulier celle du pays où doivent être exécutées les obligations qui en découlent (*lex loci executionis*).

Quant à la forme des actes instrumentaires, et en ce qui concerne l'application de la règle *locus regit actum*, je serais tenté d'admettre la même localisation.

Il me semble, en effet tant du point de vue du fond que de la forme, que l'attention des parties sera plus naturellement dirigée vers la loi du pays où leur acte doit produire ses effets que vers la loi du pays où l'aéronef est immatriculé, pays avec lequel leurs rapports juridiques n'auront peut-être aucune autre attache que celle-ci, qui dans bien des cas sera essentiellement passagère et fugitive.

8. J'accepte l'application de la *lex loci delicti commissi* aux dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface.

Pour me résumer, je dirai que j'appliquerais un peu moins largement que ne le fait votre Exposé préliminaire la loi nationale de l'aéronef, c'est-à-dire la loi de son pays d'immatriculation, puisque je serais disposé à l'écarter en ce qui concerne le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef (question 6) et les actes accomplis en vol (question 7).

En vous renouvelant encore mes plus vives excuses pour le caractère trop tardif de cette réponse, je vous prie, Monsieur le Professeur et cher Confrère, de bien vouloir agréer l'expression de mes très respectueux et dévoués sentiments.

André Audinet

2. Observations de M. Léon Babiński

Szczecin, le 15 septembre 1958.

Cher et très honoré confrère,

La lecture et l'étude de votre remarquable et très intéressant Exposé relatif aux Conflits de lois en matière de droit aérien, nécessite, avant qu'on rédige les réponses au Questionnaire même, une prise de position plus générale — par rapport au problème dans son ensemble et aux idées directrices se trouvant à sa base, là surtout, où on peut être d'un avis un peu différent de celui du rapporteur.

1. Je commencerai par rappeler que le droit aérien est, parmi toutes les branches existantes du droit des transports au sens large du mot, celui où les particularités coutumières entre Etats ne jouent presque'aucun rôle pour sa formation; le juriste international qui est appelé à le formuler peut donc envisager la création d'un droit vraiment universel, où les règles internationales seront suivies par les législations nationales. Il en est de même, en particulier, en ce qui concerne le droit international privé aérien. — Je laisse de côté les autres branches du droit des transports, moins développées et moins individualisées dans le cadre international, mais je pense, en cherchant des rapprochements, au droit maritime. Le côté international y est aussi très prononcé, — mais pourrait-on songer sérieusement à un ensemble cohérent de règles du droit international privé maritime s'appliquant en vertu d'une convention internationale quasi-universelle? Et pourtant ce droit existe, comme le démontrent, entre autres, les travaux savants de Diena (*Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, t. 51) et de Scerni (Padoue 1936), mais il est intimement lié aux systèmes nationaux de solution des conflits de lois. Les lois nationales de beaucoup

d'Etats contiennent quelques règles, plus ou moins détaillées, relatives à ladite solution (loi italienne de 1942 art. 4 — 14, Code de commerce néerlandais de 1927, Code des transports maritimes de l'U.R.S.S. de 1929 art. 4 — 14, projet yougoslave, projet polonais, etc.) — Ceci prouve d'un côté qu'il est possible, souhaitable et utile de créer des règles spéciales pour le droit international privé d'un transport déterminé (*exempli modo* en droit maritime), mais que d'autre part ces règles doivent être (surtout dans leur application pratique) harmonisées avec les règles générales de solution des conflits de lois pour un Etat donné. La tâche du juriste international est de rechercher des éléments communs dans cette diversité de règles et de pratiques nationales. — Pour le droit aérien la situation est inverse, le codificateur commence par proposer des règles concrètes de solution des conflits de lois, de caractère universel; ses références aux règles générales de solution dans le cadre international sont malheureusement limitées, puisque le droit international privé général de nos jours n'a pas encore réalisé une universalisation de systèmes et de principes certes désirée et tentée, mais non atteinte pour le présent.

Il s'en suit de mes raisonnements que la tâche de notre Commission pourrait et devrait être envisagée de façon plutôt large vu les possibilités créatrices dans l'élaboration du droit aérien; il s'en suit en second lieu que les renvois de l'Exposé préliminaire aux règles générales du droit international privé devraient être très limités — on nous demande, je crois, la formulation de règles concrètes beaucoup plus que des références au droit universalisé, — en fait inexistant!

2. Ceci était ma première observation générale; je passe à la seconde, celle-ci relative à l'idée du lieu « fictif », comme point de rattachement, adopté à plusieurs endroits par l'Exposé

préliminaire. — Or il me semble qu'il n'y a pas de nécessité absolue d'adopter ce critère du lieu « fictif ». La technique des vols aériens me paraît assez développée pour déterminer dans chaque cas intéressant au point de vue juridique (faits et actes créateurs de droits et d'obligations), la position de l'aéronef, rendant ainsi possible de soumettre le cas échéant et s'il y a lieu, ces faits et actes à la loi du territoire au-dessus duquel se trouvait l'aéronef. L'aéronef en vol se trouve en communication constante avec les services aéronautiques du sol; en passant la frontière aérienne il est souvent nécessaire pour lui de changer aussi le service y relatif, en raison du changement de souveraineté dans l'espace survolé. Je ne prétends évidemment pas m'arroger des connaissances techniques de l'aéronautique, mes observations se basent sur mes impressions de voyageur et sur l'intérêt que je porte depuis 30 ans aux problèmes de droit aérien (j'étais pendant 12 ans membre actif du CITEJA). Une consultation auprès des autorités compétentes de l'aéronautique internationale (l'IATA ou l'OACI) reste toujours possible à l'Institut pour voir tranchée la question soulevée par moi. — Je ne me prononce pas pour le moment sur la question de savoir quels doivent être les cas où la loi du pavillon (nationalité) de l'aéronef s'imposera de façon absolue, mais il est clair dès maintenant qu'on ne pourra pas éliminer complètement les autres lois entrant en conflit avec la loi du pavillon; il y aura certainement des situations où la loi « territoriale » (du territoire survolé) viendra en concurrence avec la loi du pavillon, le choix des intéressés y sera aussi pour quelque chose. — M'opposant à la conception du lieu « fictif » en tant que solution absolue je ne vois pas de difficulté à l'adopter subsidiairement, c.-à.-d. *secundo loco* pour les cas où il y aurait impossibilité de déterminer le lieu exact du fait juridique générateur de la relation en question. — Je suis sûr que le

projet du rapporteur et de la Commission s'efforcera ici de trouver et de donner des précisions nécessaires.

3. Le rapport prend résolument parti en faveur de la loi nationale de l'aéronef, bien qu'à la dernière phrase du chapitre 3 intitulé: Les circonstances de rattachement — il soit dit que la loi compétente doit plutôt varier d'une catégorie de rapports à l'autre. Pourtant la conclusion en faveur de la loi du pavillon ne se limite pas aux rapports juridiques ayant pour objet l'aéronef lui-même (chapitre 4), ce qui serait aussi, à mon avis, tout à fait juste — le rapport arrive aux mêmes conclusions pratiques en analysant plus loin le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef (chapitre 5) et les relations juridiques qui ont pris naissance à bord d'un aéronef (chapitre 7). — Or il me semble que c'est aller trop loin et que le rapport n'a pas tiré au chapitre 7 les justes conséquences de la constatation indiquée par moi ci-dessus. En tout état de cause il me semble impossible d'éliminer comme point de rattachement la loi nationale de l'entreprise, et ceci entre autres vu les motifs énoncés au chapitre 6 du rapport et vu les Résolutions de Florence de l'Institut de Droit international. — Ce qui rend aussi le lecteur un peu confus quant à la question soulevée ci-dessus, c'est qu'il ne trouve dans le Questionnaire (annexe 2) aucune mention de l'hypothèse traitée dans le rapport sous le titre « Relations juridiques ayant pour objet le transport de personnes et de marchandises ». Les développements contenus à la fin du chapitre 6 peuvent inspirer ainsi la crainte que toute cette matière ne soit renvoyée, dans l'esprit de l'Auteur, aux dispositions générales du droit international privé, — donc solution à laquelle je ne pourrais pas souscrire (comp. ci-dessus au n° 1). — J'ajouterai encore que le point de rattachement de la loi de l'entreprise pourrait être appliqué aux différentes hypothèses, — à déterminer et à analyser au

cours des travaux ultérieurs de notre Commission. Je rappellerai qu'en droit international privé maritime la loi du pavillon qui est celle du port d'enregistrement et qui, sans aucun doute, occupe une place primordiale, n'élimine pas pour autant la concurrence avec d'autres lois nationales et même avec la loi du port de l'entreprise, pouvant dans des cas exceptionnels être différente de celle du pavillon. — Je me réfère à l'expérience fournie par l'affaire *Larsen v. Lauritzen*, plaidée en 1953 devant les tribunaux des Etats-Unis d'Amérique, où on opposait à la loi du pavillon d'autres législations. L'opposition n'a pas eu finalement de succès, mais les controverses ont eu un grand écho dans la doctrine, comme en témoigne la note du professeur Bonassies parue dans la *Revue Critique de Droit International Privé*, 1954, pp. 176-188.

4. Il y a encore une quatrième question d'ordre général ou préliminaire que je désire soulever — c'est la question du système à suivre dans l'élaboration du Projet. — Ci-dessus (n° 1) je me suis prononcé pour une réglementation détaillée du problème de conflits de lois en droit aérien et pour son indépendance (relative) des autres branches du droit international des transports. Cette indépendance relative ne nous dispense pas d'être fixés sur le système à adopter: ou bien rédiger le texte suivant les divisions traditionnelles du droit civil (au sens large du mot, c.-à.-d. en y comprenant les problèmes connexes de la procédure civile), ou bien au contraire s'attacher avant tout aux phénomènes propres au transport aérien (également au sens large du mot, c.-à.-d. avec inclusion de la situation juridique de l'appareil même et des faits juridiques de caractère pénal). Les deux systèmes sont possibles, ils ont leurs *pro* et *contra*. Dena dans son exposé cité par moi plus haut (n° 1) suit plutôt le deuxième, cela dépend beaucoup aussi de la solution finale que la Commission adoptera en ce

qui concerne l'étendue de la réglementation proposée. Je crois qu'au fond le rapporteur a bien agi en éliminant de son étude les matières qui ont déjà fait l'objet de discussions au sein de l'Institut en 1937, concrétisées après le rapport de M. Fernand De Visscher par les Résolutions intitulées: *Projet de convention sur le règlement des compétences pénales en cas d'infractions commises à bord d'aéronefs privés*.

Après mes observations motivées comme vous venez de le lire, je puis passer à la rédaction des réponses aux questions que vous nous posez:

1. Adoptez-vous le point de vue de l'Exposé préliminaire que le rapport doit avoir pour objet les règles de conflit du droit aérien privé?

Oui.

2. Acceptez-vous le principe que les règles générales de conflit de lois doivent trouver application dans notre domaine spécial, pour autant que la nature même de l'aviation n'exige pas d'une manière incontestable la création de règles de conflits spéciales?

Non — s'il s'agit d'une référence générale. Je me prononce pour une réglementation spéciale détaillée, compte tenu évidemment des principes généraux du droit international privé admis dans la pratique des Etats (comp. ci-dessus sous n° 1).

3. Adoptez-vous la classification des rapports juridiques faisant l'objet de nos recherches exposée ci-dessus au n° 2 du texte?

Oui — sauf compléments, s'il y a lieu, au cours de la discussion! Pour le moment la classification indiquée au rapport paraît suffisante.

4. Etes-vous d'accord qu'en traitant les circonstances de rattachement il nous suffit de constater que la nationalité de

l'aéronef est celle de l'Etat sur les registres duquel l'aéronef est immatriculé, et que la loi du « lieu » de l'aéronef, lorsqu'il s'agit de vols internationaux, doit être une loi d'un lieu fictif?

Il faut séparer, à mon avis, les deux problèmes contenus dans la question —

- a) Oui — pour ce qui est de la nationalité de l'aéronef,
- b) Non — pour l'idée du lieu « fictif » (comp. ci-dessus sous n° 2).

5. Acceptez-vous la proposition de l'Exposé préliminaire de soumettre la propriété des aéronefs, les hypothèques et les privilèges aériens à la loi de l'Etat d'immatriculation de l'aéronef?

Oui.

6. Adoptez-vous la proposition de l'Exposé préliminaire de soumettre le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef à la loi de son immatriculation?

Oui (au moins en règle générale pour le commencement de la discussion).

7. Etes-vous d'accord que les actes passés à bord d'un aéronef en vol doivent être soumis, pour autant que les règles de conflit compétentes se réfèrent à la *lex loci actus*, à la loi d'immatriculation de l'aéronef?

Non (v. ci-dessus sous n° 3).

8. Acceptez-vous la règle soumettant les dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface à la *lex loci delicti commissi*?

Oui.

Veillez agréer, mon cher Collègue, l'expression de ma haute considération et de mes sentiments les meilleurs.

Votre dévoué

Léon Babiński

3. Lettre de M. Plinio Bolla

Morcote, le 29 septembre 1958.

Mon cher Confrère,

J'ai bien reçu votre excellent Exposé préliminaire sur « Les conflits de lois en matière de droit aérien ». Je vous félicite de votre travail. Comme il vous intéresse, avant d'aller plus loin, de connaître l'avis de vos collègues de la vingt-septième Commission sur un certain nombre de questions, que vous résumez à la fin de votre exposé, je réponds, pour le moment, en ce qui me concerne, affirmativement à toutes.

Sur certaines d'entre elles, il doit exister des recommandations d'un sous-comité de l'OACI chargé d'étudier le statut juridique de l'aéronef et qui a travaillé sur la base de documents préparés par l'OACI. Ne croyez-vous pas utile que le Secrétariat de l'Institut prie le Secrétariat de l'OACI d'envoyer, si possible, un exemplaire de ces recommandations et de ces papiers à chaque membre de la vingt-septième Commission ?

Veillez agréer, mon cher Confrère, l'assurance de mes sentiments confraternels les plus dévoués.

Plinio Bolla

4. Lettre de M. Edvard Hambro

Bergen, le 4 octobre 1958.

Mon cher Confrère,

Comme je vous l'ai déjà dit dans ma réponse provisoire du 12 septembre, j'ai eu l'occasion de réfléchir un peu plus longuement lors de ma dernière visite à Oslo où j'ai pu aussi consulter une bonne bibliothèque. Je crois maintenant pouvoir donner une réponse affirmative à toutes les questions. Mais je suis un peu embarrassé par la question n° 7 et je vous demande

la permission de vous adresser une réponse plus complète avec cette lettre.

Veillez agréer, mon cher Confrère, l'expression de mes sentiments les distingués ainsi que mes salutations très cordiales.

Edvard Hambro

Annexe à la lettre de M. Hambro

1. Oui.
2. Oui.
3. Oui.
4. Oui.
5. Oui.
6. Oui.
7. Oui, avec des réserves expliquées plus loin.
8. Oui.

N° 7. Comme règle générale je crois qu'en droit international privé, il faut autant que possible réduire l'importance de la localisation de l'acte, surtout quand il s'agit d'actes à bord d'un aéronef. S'il s'agit d'un vol national, d'un trajet dont le commencement et la fin sont dans le même pays, il faut probablement traiter le pays survolé comme l'endroit où l'acte est accompli.

La même règle doit probablement aussi s'appliquer — sauf pour des contrats — quand l'aéronef est au sol.

*

Je suis d'accord avec vous qu'il ne faut pas attribuer une grande importance au pays survolé à un moment donné. Cela serait vraiment trop arbitraire. Mais je ne suis pas sûr si l'on ne peut pas en dire autant de la nationalité de l'avion. Un voyageur ne choisit pas l'avion d'après la nationalité. Il laisse examiner les horaires par son agent de voyages et choisit la route en fonction des heures et des dates de l'horaire. S'il se laisse influ-

encer par d'autres éléments, il pense à la réputation de la compagnie, aux services offerts, à la cuisine ou au décor de la cabine. La nationalité vient probablement à la dernière place dans ses préoccupations.

Il ne faut pas oublier non plus que le voyageur doit assez souvent au cours de longs voyages changer d'avion et en même temps probablement prendre des aéronefs de nationalité différente. Il n'est pas maître de son destin. Il doit de temps à temps changer de machine s'il y a des délais, des pannes, etc. Bref, la nationalité de l'aéronef est presque aussi arbitraire que le pays survolé comme point de rattachement pour le droit international privé. Dans les cas où il faut choisir, la nationalité de l'aéronef est probablement tout de même le critère le plus pratique.

*

Il faut scinder le problème. Prenons d'abord les contrats. A-t-on vraiment examiné l'importance de ce problème. On le discute dans des livres et des articles de revue. Mais a-t-on recherché dans les milieux des hommes d'affaires s'il y a vraiment un nombre considérable de contrats conclus dans les avions? Est-ce qu'on ne pouvait pas pour des cas assez rares exclure l'endroit de la conclusion du contrat et plutôt employer la *proper law of the contract* ?

*

En ce qui concerne les dispositions *mortis causa* la situation est un peu différente. Mais ici aussi il y a d'autres éléments qui sont plus importants que l'endroit où on a signé le testament: la nationalité et le domicile du décédé, la localisation de la propriété. Si un voyageur peureux signe un testament à bord d'un avion, ne pourrait-on pas traiter ce testament comme un testament fait en guerre ou dans d'autres situations dangereuses où les législations nationales généralement admettent des formes simplifiées ?

*

Quant aux mariages, la question n'est pas sérieuse. Car la possibilité d'une telle cérémonie à bord d'un aéronef paraît assez lointaine. Mais dans ce cas il faut probablement admettre la nationalité de l'aéronef comme décisive.

*

S'il s'agit de naissance, la question est plus pratique. Car la naissance à bord d'un aéronef n'est nullement inconnue. On doit conclure des traités pour régler les conflits car des cas de double nationalité aussi bien que des cas d'apatridie peuvent se présenter. Si par exemple le pays A donne la nationalité *jure soli* à des enfants nés dans les avions qui survolent le pays tandis que le pays B accorde la nationalité aux enfants nés à bord des aéronefs de sa nationalité, un enfant né dans un avion B sur le territoire A serait doté d'une double nationalité tandis que dans le cas contraire il serait un apatride.

*

Pour le décès, il faut choisir plutôt la nationalité de l'avion que le pays survolé.

5. Observations de M. Paul de La Pradelle

Aix-en-Provence, le 1^{er} février 1959.

Mon cher Maître et très honoré Confrère,

Je m'excuse tout d'abord, très vivement, de vous faire parvenir aussi tardivement mes observations sur l'Exposé préliminaire et le Questionnaire que vous m'avez adressés. J'aurais aimé, en raison de l'intérêt que je porte aux problèmes du droit aérien, vous apporter, par une étude plus poussée, le témoignage de l'attention avec laquelle j'en ai pris connaissance. A ce stade des travaux de notre Commission, je pense qu'il est préférable de me borner à vous soumettre les réflexions générales que la

lecture de votre exposé a suscitées dans mon esprit, avant de répondre point par point à votre questionnaire terminal.

Sur la délimitation du sujet, je suis d'accord avec vous sur l'opportunité, compte tenu des travaux antérieurs de l'Institut et des recherches actuellement en cours dans la cadre de l'O.A.C.I., d'écarter les matières de droit pénal, tout en constatant que le projet de convention de 1937 (session de Luxembourg) ne les a réglées que du seul point de vue des compétences.

J'admets également la méthode que vous suggérez d'une référence implicite aux règles générales de conflit, qui devraient demeurer applicables dans tous les cas où « la nature même de l'aviation n'exige pas, d'une manière incontestable, la création de règles de conflit spéciales ».

Sur cette formule même, et le contexte interprétatif que vous lui donnez, je voudrais cependant soumettre à votre bienveillante attention deux observations qui me paraissent justifier éventuellement une orientation des recherches de la Commission. J'ai été frappé, au cours de mes études, par la complexité des activités aériennes et des rapports juridiques mis en cause par le développement actuel de l'économie aéronautique. La solution des conflits de lois « en matière de droit aérien » peut être, à mon avis, affectée par des considérations tenant aux *caractéristiques techniques des appareils* et à leurs *conditions économiques et juridiques d'emploi*.

Les deux liens de rattachement, générateurs de conflits, que vous rappelez, la nationalité et le territoire, intéressent des types variés d'appareils. L'âge de l'air, pour ne rien dire de l'âge cosmique, met en présence sous le générique d'aéronef, des catégories très différentes par leurs techniques de construction et d'emploi. Plus spécialement, la gyration, par appareils à voilure tournante, est entrée récemment dans l'économie du transport international (cf. le réseau international des lignes d'hélicoptères de la SABENA). Or les privilèges, ou les servi-

tudes, d'emploi de l'hélicoptère rendent parfaitement utilisable le principe de rattachement tiré d'une localisation territoriale des actes et faits accomplis pendant le voyage aérien et permettent de faire l'économie du « lieu fictif ». Il n'est pas certain, d'autre part, que les techniques d'emploi des appareils à réaction, aux vitesses de déplacement croissantes, excluent toute localisation précise, sur le parcours de l'aéronef, d'un fait patent survenu à bord. Les progrès réalisés dans les communications air-sol, le fait que, sur une ligne internationale régulière, le commandant d'aéronef est en rapport constant avec les contrôles de terre — contrôle technique des services d'Etat de la circulation aérienne et contrôle opérationnel de la Compagnie exploitante — permettent au commandant de bord de consigner sur le carnet de route de l'appareil, en le situant exactement dans l'espace et le temps, l'événement en question qui, par ailleurs, pourra techniquement être enregistré par le « dispatcher » terrestre.

Je reconnais que les considérations qui précèdent pourraient surtout justifier une remise à l'étude du projet de Luxembourg concernant les compétences répressives, spécialement en ce qui concerne les délits commis à bord d'un appareil à voilure tournante, utilisé dans un transport international. Mais je suis sûr que votre haute compétence et votre grande expérience dans le domaine du droit international privé pourraient en dégager des incidences utiles dans le secteur des seules situations juridiques que vous avez décidé de retenir.

Ma seconde observation sera plus directement afférente au domaine circonscrit des questions énumérées dans votre exposé. La collaboration entre compagnies de transport aérien international présente, dans le domaine commercial, des formes variées — location, affrètement, échange d'avions — qui, par leurs applications, elles-mêmes diversifiées, peuvent déterminer des conflits ayant pour objet l'immatriculation de l'aéronef et

les actes juridiques passés à l'occasion de son exploitation. Vous visez vous-même cette incidence dans votre exposé (f° 15) mais uniquement à propos des « relations juridiques qui ont pris naissance à bord d'un aéronef ».

En raison de la carence ou de la portée, en tout cas, très réduite des conventions en vigueur dans le domaine du droit privé international et du droit international privé aériens (pour reprendre la distinction proposée dans l'ouvrage de Coquoz) il pourrait être intéressant de dresser systématiquement l'inventaire de ces cas de « banalisation » qui ont fait l'objet, vous le savez, d'une étude de l'O.A.C.I. (*Report of the legal committee on the hire, charter and interchange of aircraft*, document publié le 25 septembre 1958). Leur examen, appliqué à nos propres problèmes, se révélerait, j'en suis persuadé, très utile.

C'est en liaison avec ces observations préliminaires, que je sou mets entièrement à l'épreuve de votre examen et de votre jugement, que j'ai rédigé les réponses suivantes à votre Questionnaire.

1^{re} question. — Oui, en signalant peut-être, en vue d'une étude ultérieure, l'opportunité de reprendre, pour le compléter, le projet de convention adopté par l'Institut en 1937 à Luxembourg.

2^e question. — Oui, sous réserve d'une modification de l'énoncé de la question, qui ferait mention, en dehors de « la nature même de l'aviation » de « l'économie du transport aérien ».

3^e question. — Oui, en ajoutant à la propriété des aéronefs la *location*. Ne serait-il pas utile, d'autre part, au regard d'une jurisprudence en formation, d'insérer dans la liste les relations juridiques mises en cause par la construction des aéronefs (notamment la responsabilité de l'avionneur étranger)?

4^e question. — Oui en ce qui concerne la nationalité. Non, pour la loi du « lieu » de l'aéronef, qui n'est pas nécessairement fictif.

5^e question. — Oui, sauf à admettre l'exception suivante: Certaines législations ayant « immobilisé » l'aéronef et attaché des effets de droit privé à l'immatriculation, donnent à la propriété inscrite une portée absolue, interdisant au véritable propriétaire, dépossédé de son appareil par un dépositaire infidèle qui l'aurait cédé à un tiers de bonne foi, de le revendiquer en obtenant l'annulation de l'inscription.

Ne pourrait-on, en vue d'écarter l'éventualité de cette conséquence, assurément injuste, mentionner l'application de la loi du for, dans tous les cas où la loi nationale ferait obstacle, en attachant une portée irréfragable à l'inscription, à la revendication du propriétaire illicitement dépossédé?

6^e question. — Oui, en règle générale, mais en tenant compte des difficultés présentées par les locations et échanges d'appareils entre compagnies de nationalités différentes, pratiquant une collaboration du type dit « banalisation » (le terme et la définition seraient à préciser). Lorsque l'aéronef a fait l'objet d'une location coque nue, de même que lorsque, à la suite d'une convention d'échange d'appareils (interchange), il est exploité par une compagnie étrangère, il semble évident que la *lex loci contractus* doit être préférée à la loi du pavillon ou du lieu d'immatriculation.

7^e question. — Oui, en règle générale, sauf à écarter la loi du lieu d'immatriculation, adoptée comme lieu fictif, lorsque la localisation de l'acte passé à bord est exactement repérable.

8^e question. — Oui.

Je vous prie, mon cher Maître et très honoré Confrère, de croire à mes sentiments respectueux et dévoués.

Paul de La Pradelle

6. Lettre de M. J. M. Trias de Bes

Barcelona, le 13 octobre 1958.

Mon cher Confrère,

Je vous prie de bien vouloir m'excuser du retard avec lequel je répons à votre circulaire du 9 juillet qui demandait de répondre au Questionnaire joint à votre remarquable rapport.

J'ai étudié celui-ci et, en principe, je suis entièrement d'accord avec vos points de vue. En conséquence je répons « oui » à toutes les propositions du Questionnaire.

En vous exprimant mes félicitations pour la clarté et la précision de votre Exposé, croyez, mon cher Confrère, à mes meilleurs sentiments.

Bien à vous

J. M. Trias de Bes

7. Observations de M. Manlio Udina

Trieste, le 5 décembre 1958.

Mon cher Confrère,

En vous priant de m'excuser si, à cause de plusieurs circonstances, j'ai été empêché de répondre à votre lettre du 9 juillet dernier, et en vous félicitant en même temps pour l'excellent Exposé préliminaire sur les conflits de lois en matière de droit aérien que vous avez présenté en qualité de rapporteur de la 27^{me} Commission de notre Institut, je vous donne ci-après mes réponses au Questionnaire concernant les problèmes traités dans cet exposé.

ad 1. Je suis entièrement d'accord que la tâche de notre Commission doit être limitée aux règles des conflits concernant le droit aérien privé, soit en raison de l'intérêt que présentent

encore les problèmes y relatifs nonobstant l'entrée en vigueur de nombreuses Conventions multilatérales stipulées à ce sujet (et parfois même à cause de celles-ci), soit parce que notre Institut s'est déjà occupé dans le passé des conflits de lois en matière de droit aérien pénal et aussi parce que cette matière est traitée par le projet de convention sur le statut juridique de l'aéronef que le Comité juridique de l'OACI est en train d'élaborer.

ad 2. De même, je suis tout à fait d'accord que les règles générales des conflits de lois doivent en principe trouver également application dans le domaine spécial dont nous occupons, pour autant que la nature même de la navigation aérienne n'exige pas la formulation de règles spéciales de conflits.

ad 3. D'une façon générale, je crois acceptable la classification que vous avez adoptée en ce qui concerne les rapports juridiques qui font l'objet de notre examen. Cependant, il y aura lieu peut-être d'élargir quelque peu les catégories des rapports considérés. Ainsi, par exemple, là où il est question du contrat d'engagement du personnel de l'aéronef il faudrait par relation examiner le problème de la loi applicable à ces personnes, et surtout au commandant, en dehors du contrat, et prendre éventuellement en considération, toujours par relation, le statut juridique des personnes exerçant une entreprise de navigation aérienne. De cette manière, la catégorie des rapports concernant les dommages causés aux tiers à la surface pourrait être placée dans l'ensemble du problème des obligations non contractuelles ayant leur origine dans la navigation aérienne (assistance, sauvetage, etc.).

ad 4. Il me semble qu'en traitant de la circonstance de rattachement constituée par la nationalité de l'aéronef il ne faudrait peut-être pas se borner à la constatation que ladite

nationalité est celle de l'Etat sur le registre duquel l'aéronef est immatriculé; il faudrait au contraire apprécier les conditions préalables de l'immatriculation afin d'éliminer les inconvénients dérivant de l'ample liberté qui est reconnue à ce sujet aux Etats. Il me paraît que la règle posée par le Protocole de 1929 et par l'art. 19 de la Convention de Chicago de 1944 marque un pas en arrière par rapport au régime visé par le texte original de l'art. 7 de la Convention de Paris de 1919 sur la navigation aérienne. Or, je ne dirais pas qu'il faille revenir au critérium restrictif, adopté par cette dernière Convention, d'après lequel les aéronefs ne sont immatriculés dans un Etat que s'ils appartiennent en entier à ses ressortissants; mais je pense qu'il faudrait tout au moins soutenir un régime semblable à celui qui est prévu, par exemple, par la loi chilienne du 14 octobre 1925 (art. 7) et d'après lequel l'aéronef peut être immatriculé dans le registre national même lorsqu'il appartient à des étrangers domiciliés dans le pays et y exerçant une activité économique.

En ce qui concerne la détermination de la loi du lieu d'un aéronef en vol, il faudra nécessairement avoir recours à la loi d'un lieu fictif, telle que la loi de l'Etat auquel l'aéronef appartient par immatriculation.

ad 5. J'estime sans autre acceptable la proposition de soumettre la propriété, les hypothèques et les privilèges aériens à la loi d'immatriculation.

ad 6. De même, j'estime acceptable la proposition de soumettre le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef à la loi du lieu d'immatriculation. On pourra examiner à ce sujet s'il ne faudrait pas maintenir le principe de l'autonomie de la volonté des parties contractantes lorsqu'il s'agit d'un aéronef étranger, suivant en cela l'exemple de l'art. 9 du *Codice della navigazione* italien.

ad 7. Je suis d'accord que les faits et les actes passés à bord d'un aéronef en vol doivent être soumis à la loi de l'immatriculation de l'aéronef toutes les fois que les règles de conflit applicables à ces faits et actes se réfèrent à la *lex loci actus*.

ad 8. Je suis aussi d'accord que les obligations relatives aux dommages causés par un aéronef aux tiers à la surface doivent être soumises à la *lex loci delicti commissi*. En outre, la *lex loci actus* devrait en général être compétente pour régler toutes les autres espèces d'obligations non contractuelles, sauf à avoir recours, lorsque la loi même fait défaut (comme, par exemple, dans l'espace aérien au dessus de la haute mer), à d'autres critères, du genre de ceux qui sont indiqués par les art. 12 et 13 du *Codice della navigazione*.

Aucun point du Questionnaire n'étant consacré au problème des conflits de lois en matière de transport de personnes et de marchandises, on peut suivre à cet égard les principes adoptés par le rapporteur dans son Exposé préliminaire.

Veillez agréer, mon cher et honoré Collègue, l'assurance de mes sentiments cordialement dévoués.

Manlio Udina

8. Observations de M. Haroldo Valladão

Rio-de-Janeiro, le 24 mars 1959.

Cher et éminent Confrère,

J'ai le plaisir d'accuser réception de votre bref Exposé préliminaire sur l'objet des travaux de notre 27^me Commission chargée des « Conflits de lois en matière de droit aérien ».

J'ai également bien reçu le questionnaire se rapportant aux problèmes traités dans cet exposé.

Laissez-moi, tout d'abord, vous féliciter pour l'admirable synthèse que vous nous présentez du sujet.

Je vous détaille ci-dessous, après étude des divers points, mes observations.

1. — Je suis d'accord pour exclure de nos études les conflits de lois en matière de « compétences pénales en cas d'infractions commises à bord d'aéronefs privés » qui ont déjà été l'objet des Résolutions de l'Institut à la réunion de Luxembourg en 1937, le rapporteur étant notre éminent Confrère M. Fernand De Visscher (*Annuaire* 1937, pp. 8/34 et 221 et s.) et de nous limiter, pour le moment, aux conflits de lois en matière de droit aérien privé, en modifiant, par conséquent, le titre de notre Commission.

Mais cette orientation ne doit pas empêcher que l'on prenne en considération pour notre sujet, dans la mesure du possible, les solutions déjà données par l'Institut sur le règlement des compétences pénales.

De même, nous ne pouvons pas laisser entièrement de côté les solutions adoptées par l'Institut sur le régime juridique des aérostats, à Madrid en 1911 (*Annuaire* 1911/303-346) et sur la navigation aérienne internationale à Lausanne en 1927 (*Annuaire* 1927/222 et s., rapporteur M. F. De Visscher), ni celles données par l'Institut aux conflits de lois en matière de droit maritime (rapporteur notre éminent et regretté Confrère M. Charles Lyon-Caen) à Bruxelles en 1885 (*Annuaire* 1885/6-123/126) et à Lausanne en 1888 (*Annuaire* 1888/1889-104 et s.).

D'autre part, l'existence de certains textes *uniformes* en matière de droit aérien (Conventions de Paris, 1919-La Havane, 1928 — Varsovie, 1928 — Rome, 1933 et 1952 — Bruxelles, 1938 — Chicago, 1944 — Genève, 1948 — etc.) n'exclut pas la possibilité de conflits de lois. Pensons au grand nombre d'Etats qui n'ont pas signé les Conventions, ou ne les ont pas ratifiées, ou l'ont fait avec des réserves.

2. — Je crois que les règles générales de conflit de lois, les principes de la *lex rei sitae*, du *locus regit actum*, de la *lex loci*

contractus, etc., peuvent s'appliquer dans notre sujet, mais adaptées à la nature spéciale de l'aéronef, chose d'une extrême mobilité.

La question initiale et fondamentale est alors celle de la formulation d'un principe général sur la localisation de l'aéronef, la fixation de sa position dans l'espace en relation avec sa mobilité.

C'est ce qu'a fait, dans ses premiers articles, le Code Brésilien de l'Air de 1938: Art. 4 « Sont considérés comme territoires de l'Etat de leur nationalité: les aéronefs militaires quel que soit l'endroit où ils se trouvent, et, les aéronefs privés quand ils sont en haute mer ou sur des territoires n'appartenant à aucun Etat ». Art. 5 « Sont considérés comme territoires de l'Etat sous-jacent tous les aéronefs non militaires, qu'ils soient en vol ou à terre ». Art. 6 « Sont considérés comme réalisés au Brésil les actes qui, émanés d'un aéronef considéré comme territoire étranger, produisent ou viennent à produire des conséquences pénales ou un quelconque dommage dans le territoire national. § unique. Si de tels actes émanent d'un aéronef considéré comme territoire brésilien et produisent des conséquences sur un territoire considéré comme étranger, ils seront cumulativement de la compétence des lois brésiliennes et étrangères » (H. Valladão: *Etudes de D.I.P.*, 1947, pp. 109-112).

De ce qui précède, nous tirons donc les principes généraux suivants:

a) les aéronefs privés sont considérés comme territoires de l'Etat dans lequel ils sont à terre ou qu'ils survolent.

b) sont considérés comme territoire de leur nationalité les aéronefs privés se trouvant en haute mer ou sur un territoire n'appartenant à aucun Etat.

Ces principes généraux détermineront la loi applicable aux faits et actes juridiques accomplis à bord d'un aéronef.

Le principe de l'article 6 les complète dans le cas d'actes émanant d'un aéronef qui viennent à produire effet dans le territoire ou dans un aéronef considéré comme partie du territoire.

Nous pouvons passer maintenant à l'examen des problèmes particuliers.

3. — En ce qui concerne la classification des rapports juridiques du n° 2 de l'exposé de notre éminent rapporteur, je préférerais mettre en première place, parce qu'il constitue un problème de *nature générale*, le sujet abordé à l'alinéa *d* (Page 6 de l'exposé) avec le titre jadis donné par notre éminent Confrère F. De Visscher : *Faits et actes accomplis à bord d'un aéronef*. (Rec. des cours de l'Académie de D.I., vol. 48/342 et s.).

Je suis d'accord avec le rapporteur pour prendre ensuite en considération — alinéa *a* du n° 2 de l'exposé — les relations juridiques concernant les *droits réels* sur l'aéronef (propriété, hypothèque, et même, par relation, privilèges d'ordre privé, droit de rétention et de saisie, responsabilité du propriétaire) et — alinéa *b* du n° 2 du même exposé sur le personnel de l'aéronef — les droits et devoirs du commandant, de l'équipage et le contrat de travail.

En ce qui concerne le droit des obligations, je crois, comme le rapporteur, qu'il faut prendre en considération — alinéa *c* du n° 2 de l'exposé — le contrat de transport de personnes et de marchandises par aéronef, mais, je prie le rapporteur d'apprécier s'il ne serait pas opportun de prendre en considération d'autres contrats, tels que ceux d'affrètement et d'assurance en droit privé aérien.

En matière de dommages causés par l'aéronef, je suis d'accord d'étudier — alinéa *e* du n° 2 de l'exposé — ceux qui sont occasionnés à des tiers à la surface, et, j'ajouterais, s'il m'était permis, les dommages produits dans l'air: abordage, chute de pièces, jet de lest...

Enfin, il faudrait considérer les conflits de lois de droit aérien en matière d'avaries communes, d'assistance et de sauvetage.

4. — Le lieu de la situation de l'aéronef n'est pas fictif pendant l'atterrissage ou le survol du territoire d'un Etat déterminé.

La localisation réelle d'un aéronef est donc possible dans ces cas-là.

Pour les vols internationaux de l'Europe et des Etats-Unis vers l'Amérique du Sud, les aéronefs sont effectivement localisés. Sur le territoire brésilien, par exemple, ils le sont pendant plusieurs heures, soit pendant le temps du survol qui se fait en deux ou plusieurs escales, soit pendant les différents atterrissages.

C'est en haute mer sur un territoire n'appartenant à aucun Etat que l'on peut faire jouer la fiction et déclarer que l'aéronef est considéré comme territoire de l'Etat de sa nationalité.

En ce qui concerne la nationalité de l'aéronef, la possibilité de conflits ne doit pas être complètement écartée; les cas de nationalité multiple ou d'apatridie ont été examinés par la doctrine (v. M. Scerni: *Il D.I.P. marittimo ed aeronautico*, vol. VI del *Trattato di diritto internazionale* de P. Fedozzi e Santi Romano, pp. 323/327).

5. — J'accepte la proposition de l'exposé préliminaire sur la propriété des aéronefs, les hypothèques et les privilèges.

J'ai rédigé, à ce propos, l'article 7 du Code Brésilien de l'Air de 1938: « Les droits réels et les privilèges d'ordre privé sur les aéronefs sont réglés par la loi de leur nationalité. § unique: Le changement de nationalité n'atteint pas les droits déjà acquis. »

Mais je crois qu'il faut considérer également, dans certains cas exceptionnels, la loi de l'Etat de la situation réelle de l'aéronef, par exemple pour celui qui se trouve au sol (Cf. J. Hamel,

Répertoire de Droit international, II, p. 303, et les articles 4 de la Convention de Genève du 19 juin 1948 et 8 du Code Brésilien de l'Air).

6. — J'adopte aussi le principe de soumettre le contrat d'engagement du personnel à la *loi de la nationalité* de l'aéronef, avec cependant quelques réserves, pour les cas où une telle loi est vraiment *fictive*, puisque l'entrepreneur et le membre de l'équipage ont le même domicile au lieu où se fait le contrat de travail et où l'aéronef retourne après chaque vol (V. arrêt de la Cour Régionale du Travail du Brésil à propos du travail maritime: ChUNET, 1957, 162).

7. — En ce qui concerne les faits et actes juridiques accomplis à bord d'un aéronef, je crois qu'il faut faire des distinctions selon que l'aéronef est au sol ou en survol au-dessus du territoire d'un Etat déterminé, cas où l'acte est soumis à la loi de ce territoire, ou, selon que l'aéronef se trouve en haute mer ou sur un territoire n'appartenant à aucun Etat, cas où s'applique la loi de la nationalité de l'aéronef.

8. — Je suis d'accord, en outre, avec la règle soumettant les dommages causés par les aéronefs aux personnes et aux biens de la surface, à la loi de l'Etat sur le territoire duquel les dommages ont été produits.

Je prie notre éminent rapporteur de considérer aussi en cette matière de responsabilité extra-contractuelle les autres questions citées au n° 3 (V. à propos de l'abordage, le Code Bustamante, art. 289 et s.).

9. — Le questionnaire ne déclare pas quelle loi règlera le contrat de transport, bien qu'au n° 6 de l'exposé préliminaire, on parle de la loi du siège de l'entreprise pour les contrats types et pour les autres, de la loi choisie par les parties et, en cas d'omission, par la loi du principal établissement du transporteur.

Cette question est très délicate et on ne peut laisser toute la réglementation du transport à la volonté du transporteur et à la loi de son principal établissement. On peut considérer, aussi, la loi du lieu de la conclusion du contrat ou celle de son exécution. Surtout, nous devons penser aux importantes restrictions des Conventions Internationales (V. celle de Varsovie, art. 36) et différentes lois internes, fondées sur l'ordre public (*Résolutions de l'Institut*, Florence, 1908, art. 1^{er}, *in fine*; J. Hamel, *Répertoire* cité, p. 310; M. Scerni, *ouvrage cité*, p.355/6, etc...).

En ce qui concerne le Brésil, mentionnons l'article 9 du Code Brésilien de l'Air: « Sont d'ordre public international les normes qui, dans le contrat de transport aérien, interdisent les clauses d'exonération de responsabilité du transporteur, d'établissement pour ce dernier d'une limite inférieure à celle fixée dans le Code, et qui écartent pour les actions en justice la compétence du *for* du lieu de la destination. »

Croyez, mon cher et éminent Confrère, à mes sentiments les plus distingués.

H. Valladão

9. Observations de M. Fernand De Visscher

Bruxelles, le 11 novembre 1958.

Cher et honoré Confrère,

Vous voudrez bien excuser le retard que j'apporte à vous adresser quelques observations au reste fort brèves au sujet de votre magistral Exposé préliminaire « Les conflits de lois en matière de droit aérien ».

Le classement si logique et clair que vous établissez entre les diverses relations juridiques à envisager ne peut qu'en-

traîner l'adhésion; et les solutions que vous proposez doivent, me semble-t-il, rencontrer une approbation générale.

Je dois toutefois faire exception pour l'une de celles-ci, à laquelle vous ne vous ralliez d'ailleurs, si j'ose dire, qu'en désespoir de cause, après en avoir précisé tous les inconvénients. J'ai en vue la solution donnée à la question n° 7, concernant les actes juridiques conclus à bord d'un aéronef en vol: celle qui recourt à la loi nationale de l'aéronef afin de mettre en jeu la circonstance classique de rattachement basée sur le *locus actus*.

Très justement vous considérez qu'en l'espèce, vu la mobilité de l'aéronef, il ne peut être question que d'un *lieu fictif*.

Mais s'il y a fiction à localiser l'acte, c'est-à-dire à le situer dans le territoire de l'Etat dont l'aéronef a la nationalité, cette nationalité elle-même n'intervient que sur la base d'une circonstance parfaitement *réelle* celle-là, à savoir la conclusion de l'acte à bord d'un aéronef d'une nationalité déterminée: et c'est de là que découlent toutes les difficultés.

C'est le caractère accidentel, imprévisible souvent de cet élément *réel* qui, à mon sens, fausse le recours à la loi nationale pour la détermination du *locus actus*, les passagers ignorant parfois et ne pouvant souvent prévoir la nationalité de l'aéronef qui assurera leur transport. Tous défauts que vous avez fort bien soulignés.

A fortiori faut-il condamner les systèmes qui prennent comme *locus actus* soit le point de départ, soit le point d'arrivée de l'aéronef.

En somme, j'incline à croire que, vu son incertitude et son caractère accidentel, il conviendrait de faire totalement abstraction de tout élément réel (situation de l'aéronef, mais aussi conclusion de l'acte à bord d'un aéronef d'une nationalité donnée).

Il serait à mon sens préférable de rechercher un lieu rigoureusement fictif de conclusion de l'acte, celui-ci pouvant être recherché suivant les cas dans d'autres circonstances usuelles de rattachement, telles que la nationalité commune des parties, le lieu d'exécution des contrats, éventuellement le lieu de destination commune des parties (et non de l'aéronef).

L'application de la loi nationale de l'entreprise de navigation aérienne offre également un caractère que l'on peut considérer comme purement fictif, mais les rapports que la nationalité de l'entreprise soutient avec la conclusion d'un acte fait à bord d'un aéronef sont trop éloignés pour que ceux-ci puissent être invoqués comme circonstance de rattachement.

Le problème soulevé par la question n° 7 sera sans doute le seul qui fera des difficultés devant l'Institut. Toutes les autres solutions que vous préconisez portent un caractère si évident de bon sens et de logique qu'elles ne peuvent guère être mises en question.

Permettez-moi de vous féliciter de ce brillant rapport et veuillez agréer, cher et honoré Confrère, l'expression de mes sentiments très distingués et tout dévoués.

Fernand De Visser

Conflits de lois en matière de droit aérien

(Vingt-septième Commission)

2. Rapport définitif et projet de Résolutions

présentés par

M. Alexandre Makarov

La vingt-septième Commission de l'Institut de Droit international¹ chargée d'élaborer un rapport sur les conflits de lois en matière de droit aérien s'est réunie lors de la session de l'Institut à Neuchâtel le 4 septembre 1959 et, après avoir discuté du rapport provisoire et du projet de Résolutions présentés par le rapporteur, a établi le texte d'un projet définitif de Résolutions (cf. Annexe I). Etant donné qu'un certain nombre de membres de la Commission ont été pour diverses raisons empêchés de prendre part à cette séance (ce fut le cas de MM. Bolla, Bosco, Hambro, Trias de Bes et Valladão), le rapporteur leur a fait parvenir le 30 septembre 1959 le texte du projet élaboré par la Commission à Neuchâtel, en leur adressant en même temps la prière de lui présenter leurs observations sur ce projet avant le 1^{er} janvier 1960. Il les a prévenus que, s'il n'avait pas reçu de réponse jusqu'à cette date, il procéderait à l'élaboration du rapport définitif de la vingt-septième Commission, en supposant que les membres qui n'ont pu participer

¹ Pour la composition de la vingt-septième Commission cf. la première page du rapport provisoire.

à la séance de la Commission du 4 septembre dernier acceptent le texte établi par la Commission à Neuchâtel. Seul M. Bolla a présenté ses observations sur ce texte contenant certaines suggestions, tandis que M. Hambro a communiqué au rapporteur qu'il accepte sans réserves le texte élaboré par la Commission. Tous les autres membres qui furent empêchés de participer à la séance de la Commission n'ont pas répondu à la lettre du rapporteur. Le rapporteur, se référant à sa lettre susmentionnée du 30 septembre 1959, interprète leur silence comme une approbation du projet du texte élaboré à Neuchâtel.

La Commission dans sa séance du 4 septembre 1959 a approuvé la structure du rapport provisoire de son rapporteur ainsi qu'en général les dispositions du projet de Résolutions annexé à ce rapport. La Commission a accepté en outre les principes fondamentaux du rapport provisoire, notamment sa proposition de limiter l'objet des Résolutions aux conflits de lois en matière de droit aérien privé, ainsi que le principe que les règles générales de conflits de lois doivent trouver application dans ce domaine spécial, pour autant que la nature même de l'aviation et l'économie du transport aérien n'exigent pas la création de règles de conflit spéciales. Elle a adopté, sauf quelques modifications de rédaction, les dispositions du projet provisoire de Résolutions sur les circonstances de rattachement (la nationalité, le lieu fictif de situation de l'aéronef), en acceptant en même temps la proposition du rapporteur selon laquelle le rattachement du lieu fictif ne doit entrer en jeu que dans les cas où le lieu de situation réel de l'aéronef ne peut être établi ou si l'appareil se trouve dans des régions non soumises à la souveraineté étatique.

Quant aux règles de conflit « spéciales » envisagées dans le projet provisoire de Résolutions, la Commission n'a pas modifié essentiellement le système de ces règles tel qu'il fut établi dans

ce projet. Ce n'est que dans la section C (« Règles de conflit concernant certaines relations juridiques qui ont pris naissance à bord d'un aéronef en vol ») que la Commission a placé les dispositions sur les contrats avant celles sur la constitution de droits réels (elle a choisi ce dernier titre au lieu de « Les droits réels [transfert de propriété] » qui fut proposé dans le projet provisoire). Ce changement a été apporté pour les raisons suivantes : les dispositions sur les contrats ont une portée générale tandis que l'article sur les droits réels a pour objet seulement les biens mobiliers se trouvant à bord d'un aéronef en vol.

En ce qui concerne le contenu des règles de conflit « spéciales » la Commission n'a proposé de modifications essentielles que dans la section C que je viens de mentionner.

Dans mon rapport définitif il ne me reste donc qu'à motiver les modifications du projet provisoire établies dans la séance de Neuchâtel, ainsi que de prendre position à l'égard des suggestions de M. Bolla.

Je tiens à souligner que je ne m'arrêterai pas aux changements de texte purement rédactionnels.

1. *Section B. Règles de conflit concernant les relations juridiques ayant pour objet l'aéronef lui-même ou son exploitation*

a) M. Bolla a proposé d'amender l'alinéa 3 de l'article 5 du projet provisoire de Résolutions adopté sans modification par la Commission à Neuchâtel.

Cet article (il a pour objet la location et l'affrètement des aéronefs) contient trois alinéas. Le premier dispose que la location et l'affrètement des aéronefs sont régis par la loi à laquelle les parties ont manifesté l'intention de les soumettre. Le second alinéa prévoit le cas où les parties n'ont pas fixé la

loi compétente, mais où elles sont convenues de soumettre les contestations qui peuvent surgir de l'application du contrat à un tribunal arbitral. Dans ce cas ce sont les règles de conflit en vigueur au lieu du siège de ce tribunal qui doivent trouver application et partant indiquer la loi compétente. L'alinéa 3 dispose que si les parties ne sont pas convenues de soumettre les contestations susmentionnées à un tribunal arbitral, la location et l'affrètement seront soumis à la loi nationale de l'aéronef. C'est ce troisième alinéa que M. Bolla propose d'amender d'une façon qui permettra de l'appliquer dans tous les cas où ni l'alinéa 1 ni l'alinéa 2 ne peuvent trouver application. Voici le texte envisagé par M. Bolla pour le troisième alinéa :

« Si les parties n'ont pas manifesté la volonté d'accepter la compétence d'une loi quelconque et qu'elles ne sont pas convenues de soumettre les contestations en question à un tribunal arbitral, la location et l'affrètement seront soumis à la loi nationale de l'aéronef. »

Je n'hésite pas à accepter la proposition de M. Bolla et cela pour les raisons suivantes. Dans mon rapport provisoire j'ai mentionné (C. II. 1. a) que d'après les règles de conflit généralement admises en matière de location, c'est la loi du lieu du domicile (ou de l'établissement principal) du loueur qui est considérée, en règle générale, comme compétente s'il s'agit de la location d'une chose meuble et la *lex rei sitae* s'il s'agit d'un immeuble. Dans notre cas la loi du lieu de l'établissement principal du loueur sera en même temps la loi nationale de l'aéronef car les aéronefs sont en règle générale immatriculés dans le pays de cet établissement principal. Même en prenant en considération la tendance d'« immobiliser » les aéronefs et en appliquant la loi du pays d'enregistrement de l'aéronef comme sa *lex rei sitae*, nous aboutirons au même résultat car au moment de la conclusion du contrat l'aéronef sera imma-

tricolé dans le pays du lieu du principal établissement de l'entreprise-loueur. J'ai cité dans mon rapport provisoire le Code italien de navigation de 1942 (art. 10) qui soumet, lui aussi, les contrats de location ou d'affrètement d'un aéronef à sa loi nationale, sauf volonté contraire des parties.

Comme je viens de le dire, le projet provisoire ne s'est pas borné à fixer le principe de la liberté de la volonté des parties, mais a envisagé aussi le cas de la formation d'un tribunal arbitral pour juger des contestations pouvant surgir au sujet de l'application du contrat de location ou d'affrètement. Le troisième alinéa de l'article 5 contient une disposition pour le cas où les parties n'ont pas prévu l'établissement d'un tel tribunal. Il n'est que logique de compléter cette disposition en envisageant aussi le cas où les parties n'ont pas fixé la loi compétente et cela dans le sens indiqué dans le rapport provisoire, en acceptant le texte de l'alinéa 3 proposé par M. Bolla.

b) M. Bolla s'est demandé en outre si l'article 8 du projet de Résolutions adopté à Neuchâtel ne gagnerait pas en clarté, en assimilant au cas d'abordage aérien survenu dans l'espace non soumis à une souveraineté étatique le cas où le lieu de situation de l'aéronef (au moment de l'abordage) ne peut être établi.

Dans mon rapport provisoire j'écrivais (C. II. 2. b) : « Il me semble que la localisation d'un abordage survenu dans l'espace soumis à une souveraineté étatique sera en règle générale réalisable sans grandes difficultés ». Un abordage aérien a pour conséquence, sauf des cas tout à fait exceptionnels, un atterrissage forcé, sinon une chute des aéronefs entrés en collision. Il pourra donc être soumis à la loi du lieu où il est survenu, à la loi du lieu réel et non fictif. J'avoue cependant qu'on peut construire des cas où l'abordage a lieu dans des conditions qui peuvent rendre difficile une localisation réelle, par exemple

des cas où on peut avoir des doutes si l'abordage a eu lieu au-dessus des eaux territoriales soumises à la souveraineté étatique ou au-dessus de la haute mer. Si nous voulions tenir compte dans notre Résolution de tels cas sûrement très exceptionnels nous devrions accepter la suggestion de M. Bolla.

L'article 8 alinéa 2 pourrait donc être rédigé comme suit :

« En cas d'abordage aérien survenu dans l'espace non soumis à une souveraineté étatique et au cas où le lieu de situation de l'aéronef au moment de l'abordage ne peut être établi, c'est la loi nationale des aéronefs, si elle leur est commune, qui doit être appliquée. A défaut d'une telle loi, en cas d'abordage fautif c'est la loi nationale de l'aéronef abordé qui doit être appliquée et, en cas d'abordage fortuit, la loi du lieu du tribunal saisi. »

2. *Section C. Règles de conflit concernant certaines relations juridiques qui ont pris naissance à bord d'un aéronef en vol*

J'ai déjà mentionné ci-dessus que cette section du projet provisoire de Résolutions a subi à Neuchâtel quelques modifications, mais la plupart de ces modifications sont de caractère purement rédactionnel.

On a donné les raisons, dans la partie introductive de ce rapport définitif, du changement de la disposition de cette dernière section du projet de Résolutions, apporté par la Commission dans sa séance du 4 septembre 1959 — on commence maintenant par un article sur les contrats pour ne traiter qu'en second lieu les droits réels.

a) L'article sur les contrats (article 11 nouveau, ancien article 12) a été adopté par la Commission, sauf quelques modifications rédactionnelles.

b) L'article traitant des droits réels (article 12 nouveau, ancien article 11) a subi à Neuchâtel quelques modifications de fond. La Commission a précisé qu'il s'agit de la constitu-

tion de droits réels à bord d'un aéronef en vol. Le rapport provisoire du rapporteur (D) contenait un exemple de l'application de *lex rei sitae* à l'égard d'un bien mobilier se trouvant au moment du transfert de la propriété à bord d'un aéronef en vol. Il s'agissait dans l'exemple choisi par le rapporteur de la question de savoir si la chose vendue devait être pour l'accomplissement du transfert livrée à l'acheteur (comme l'exige l'art. 929 du Code civil allemand) ou s'il suffisait pour ce transfert qu'on soit convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée (art. 1583 du Code civil français). Le projet provisoire de Résolutions posait comme règle générale la compétence de la loi nationale de l'aéronef, qui a le mérite d'être une loi invariable pendant le vol, et, pour autant que l'application de cette loi ne pourrait être justifiée par les circonstances du cas en question, le projet proposait de déclarer compétente la loi nationale commune des parties contractantes, à défaut de nationalité commune, la loi du lieu de destination commune de ces parties, et, à défaut d'un tel lieu, la compétence de la loi du lieu jusqu'où elles voyagent ensemble.

La Commission a adopté la compétence de la loi nationale de l'aéronef, en supprimant toutes les autres circonstances de rattachement que j'ai proposées dans mon rapport provisoire et que je viens de mentionner, en estimant que pour la constitution de droits réels sur un bien meuble se trouvant à bord d'un aéronef en vol il suffit d'établir la compétence d'une seule loi.

c) Dans l'article consacré aux mariages (art. 13) la Commission a adopté, sauf quelques modifications de rédaction, les deux premiers alinéas du projet provisoire de Résolutions. Le texte élaboré à Neuchâtel dispose donc que, dans la mesure où les conditions de fond d'un mariage conclu à bord d'un

aéronef sont soumises à la loi du lieu de la célébration, celle-ci est remplacée par la loi nationale de l'aéronef, tandis que la forme du mariage est régie par la loi de l'Etat dont dépend l'autorité qui a procédé à la célébration du mariage.

La Commission a supprimé le troisième alinéa de l'article 13 du projet provisoire qui contenait une disposition sur les mariages conclus par simple consentement des parties contractantes, et cela pour la raison que le nombre des ordres juridiques qui connaissent de tels mariages est très restreint, et que la portée pratique de la règle envisagée serait minime.

d) Le dernier article du projet définitif de Résolutions (art. 14) pose une règle de conflit concernant la forme de testaments sous seing privé. La Commission n'a modifié dans sa séance du 4 septembre 1959 que la rédaction du texte proposé dans le projet provisoire de Résolutions. Mais M. Bolla a proposé dans ses observations sur le texte élaboré par la Commission à Neuchâtel de supprimer les mots « sous seing privé » et de poser, par conséquent, une règle de conflit se rapportant non seulement aux testaments sous seing privé, mais aussi aux testaments rédigés comme actes authentiques d'une part et aux testaments oraux d'autre part.

Dans mon rapport provisoire j'ai souligné (D. IV) que les actes authentiques requièrent l'intervention d'un officier public et que l'hypothèse de tels actes à bord d'un aéronef est à l'heure actuelle assez théorique. C'est pour cette raison que j'ai proposé de laisser de côté ces cas exceptionnels.

M. Bolla observe que la loi nationale de l'aéronef pourrait conférer certaines fonctions d'officier public au commandant de l'aéronef. Un testament fait avec son intervention serait un acte authentique.

Ayant consulté les lois sur l'aviation civile d'un certain nombre de pays je n'ai trouvé dans aucune d'elles de dispo-

sitions conférant au commandant de l'aéronef des fonctions d'officier public. D'autre part le projet de convention sur le statut juridique du commandant de l'aéronef élaboré jadis par le CITEJA (Comité international technique d'experts juridiques aériens)² et adopté dans la séance plénière du Comité au Caire en novembre 1946 ne contenait pas non plus de telles dispositions³. Quant au Comité juridique de l'OACI (Organisation de l'aviation civile internationale), ou plutôt son Sous-comité du statut juridique de l'aéronef, ses récents travaux se rapportaient aux règles applicables aux infractions commises à bord des aéronefs au cours d'un vol international ainsi qu'aux règles permettant au commandant de maintenir l'ordre à bord de l'aéronef⁴, mais non pas aux fonctions d'officier public. Si je suis bien informé, une réglementation se rapportant à de telles fonctions n'est pas envisagée sur le plan des travaux du Comité juridique de l'OACI⁵.

Il me semble donc qu'il serait prématuré de nous occuper des fonctions d'officier public confiées au commandant de l'aéronef et, partant, d'envisager la possibilité de faire des testaments par acte authentique à bord d'un aéronef en vol.

Quant aux testaments oraux le nombre de pays qui les admettent est restreint. Pour l'Europe on peut citer comme exemple le Code civil autrichien (§ 585) qui prescrit que les testaments oraux doivent être faits en présence de trois

² M. Babiński, membre de notre Commission, a été de 1930 à 1939 rapporteur du CITEJA lors de l'élaboration de ce projet.

³ Cf. *Arnold W. Knauth*, *The Aircraft Commander in International Law: The Journal of Air Law and Commerce*, vol. XIV (1947), p. 157 et s.

⁴ Cf. le rapport sur la réunion du Sous-comité du statut juridique de l'aéronef à Montréal en septembre 1958: *OACI Bulletin*, vol. XIV (1959), p. 3 et ss.

⁵ Cf. le Programme des travaux de l'OACI pour la période 1960-1962: *l. c.*, p. 94 et ss., surtout p. 96 (travaux juridiques).

témoins. Aux Etats-Unis les testaments oraux (*nuncupative wills*) sont admis dans la plupart des Etats, mais ils ne peuvent être faits que pendant la dernière maladie du testateur avant sa mort. Les législations des Etats posent diverses restrictions supplémentaires, mais en règle générale le testateur ne peut disposer par un testament oral que de ses biens meubles et un tel testament doit être fait devant des témoins⁶.

On peut imaginer des cas où un voyageur se sentant subitement mal en avion tiendra à exprimer sa dernière volonté par un testament oral. Mais je suppose que le nombre des cas où un tel voyageur ne sera pas à même d'exprimer ses dispositions testamentaires par écrit est minime. Si nous prenons en considération d'autre part que les testaments oraux sont admis dans un nombre très restreint de pays, nous devons admettre que l'importance pratique des cas envisagés par M. Bolla ne peut être que très modeste. Mais si nous tenons néanmoins à prévoir dans notre article 14 les testaments oraux nous devons, à mon avis, parler non de la forme de tels testaments, mais des conditions de leur admissibilité, car ces conditions varient d'un pays à l'autre et ont une importance décisive pour la validité des testaments oraux. La Commission aura à décider dans une séance ultérieure si elle veut mentionner les testaments oraux dans l'article traitant des dispositions de dernière volonté faites à bord d'un aéronef en vol. Pour le moment je propose la rédaction suivante de l'article 14 de mon projet définitif de Résolutions :

« La forme d'un testament sous seing privé et les conditions de la validité d'un testament oral sont régies par la loi nationale de l'aéronef. »

(Heidelberg, le 10 février 1960.)

⁶ Cf. *Corpus juris secundum*, vol. XCIV, Wills §§ 209 et ss.; *Ferid-Firsching*, Internationales Erbrecht, vol. II, n° 158 (p. 106 et s.).

Projet définitif de Résolutions

L'Institut de Droit international,

Rappelant ses Résolutions antérieures concernant les problèmes de droit aérien, notamment la Résolution sur le régime juridique des aérostats (session de Madrid, 1911), la Résolution sur la navigation aérienne internationale (session de Lausanne, 1927) et le Projet de Convention sur le règlement des compétences pénales en cas d'infractions commises à bord d'aéronefs privés (session de Luxembourg, 1937) ;

Limitant l'objet de ses Résolutions présentes aux conflits de lois en matière de droit aérien privé ;

Partant du principe que les règles générales de conflits de lois doivent trouver application dans ce domaine spécial, pour autant que la nature même de l'aviation et l'économie du transport aérien n'exigent pas la création de règles de conflit spéciales ;

Adopte les Résolutions suivantes :

A. Circonstances de rattachement

Article premier

La nationalité de l'aéronef est celle de l'Etat sur les registres duquel l'aéronef est immatriculé.

Article 2

Pour autant que le lieu de situation de l'aéronef ne peut être établi ou si l'appareil se trouve dans des régions non soumises à la souveraineté étatique, ce lieu de situation ne peut être qu'un lieu fictif susceptible de varier selon diverses catégories de rapports juridiques exigeant l'application de la loi du lieu.

*B. Règles de conflit concernant les relations juridiques ayant pour objet l'aéronef lui-même ou son exploitation**I. Les droits réels**1. La propriété des aéronefs**Article 3*

La propriété de l'aéronef est régie par sa loi nationale.

*2. Les hypothèques et les privilèges sur les aéronefs**Article 4*

L'hypothèque sur un aéronef est régie par la loi nationale de celui-ci.

La validité des privilèges et le classement des créanciers concernant les aéronefs sont régis par la loi nationale de l'aéronef, sauf les exceptions suivantes :

Les créances afférentes *a)* aux rémunérations dues pour sauvetage de l'aéronef et *b)* aux frais extraordinaires indispensables à la conservation de l'aéronef sont préférables à condition d'être privilégiées et assorties d'un droit de suite au regard de la loi de l'Etat où ont pris fin les opérations de sauvetage ou de conservation.

II. Les obligations

1. Les obligations contractuelles

a) La location et l'affrètement des aéronefs

Article 5

La location et l'affrètement des aéronefs sont régis par la loi à laquelle les parties ont manifesté l'intention de les soumettre.

Si les parties n'ont pas manifesté la volonté d'accepter la compétence d'une loi quelconque, mais si elles sont convenues de soumettre les contestations qui peuvent surgir de l'application du contrat à un tribunal arbitral, ce sont les règles de conflit en vigueur au lieu du siège de ce tribunal qui doivent trouver application.

Si les parties n'ont pas manifesté la volonté d'accepter la compétence d'une loi quelconque et qu'elles ne sont pas convenues de soumettre les contestations en question à un tribunal arbitral, la location et l'affrètement seront soumis à la loi nationale de l'aéronef.

b) Le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef

Article 6

Le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef est régi par la loi nationale de l'aéronef et, pour le cas où l'aéronef est exploité par une compagnie étrangère et affrété sans équipage, par la loi du lieu de conclusion du contrat.

c) Le contrat de transport de personnes et de marchandises

Article 7

Le contrat de transport de personnes et de marchandises est régi par la loi à laquelle les parties ont manifesté l'intention de le soumettre.

Pour autant que les parties n'ont pas fixé la loi applicable, c'est la loi du lieu du principal établissement du transporteur qui doit trouver application.

*2. Les obligations non contractuelles**a) L'abordage aérien**Article 8*

En cas d'abordage aérien survenu dans l'espace soumis à une souveraineté étatique, c'est la loi du lieu où cet abordage est survenu qui doit trouver application.

En cas d'abordage aérien survenu dans l'espace non soumis à une souveraineté étatique et au cas où le lieu de situation de l'aéronef au moment de l'abordage ne peut être établi, c'est la loi nationale des aéronefs, si elle leur est commune, qui doit être appliquée. A défaut d'une telle loi, en cas d'abordage fautif, c'est la loi nationale de l'aéronef abordé qui doit être appliquée et, en cas d'abordage fortuit, la loi du lieu du tribunal saisi.

*b) L'assistance et le sauvetage**Article 9*

En cas d'assistance et de sauvetage effectués dans des régions soumises à une souveraineté étatique, c'est la loi du lieu où le secours a été prêté qui doit trouver application.

Dans tous les autres cas, c'est la loi nationale de l'aéronef qui a prêté le secours qui est appliquée.

c) Les dommages causés par les aéronefs aux tiers
à la surface

Article 10

Les dommages causés par l'aéronef aux tiers à la surface sont régis par la loi du lieu où ils ont été causés.

C. Règles de conflit concernant certaines relations juridiques qui ont pris naissance à bord d'un aéronef en vol

I. Les contrats

Article 11

Les conditions de fond d'un contrat sont régies par la loi déclarée compétente par les parties contractantes.

Si les parties n'ont pas manifesté leur volonté quant à la loi compétente, ces conditions sont régies par la loi nationale commune des parties et, à défaut d'une telle loi, par la loi du lieu d'exécution du contrat.

Pour la forme du contrat, c'est la loi nationale de l'aéronef qui remplace la loi du lieu de conclusion du contrat.

II. La constitution de droits réels

Article 12

La constitution d'un droit réel à bord d'un aéronef en vol sur un bien mobilier s'y trouvant est régie par la loi nationale de l'aéronef.

*III. Les mariages**Article 13*

Dans la mesure où les conditions de fond d'un mariage conclu à bord d'un aéronef sont soumises à la loi du lieu de la célébration, celle-ci est remplacée par la loi nationale de l'aéronef.

La forme du mariage est régie par la loi de l'Etat dont dépend l'autorité qui a procédé à la célébration du mariage.

*IV. Les testaments**Article 14*

La forme d'un testament sous seing privé et les conditions de la validité d'un testament oral sont régies par la loi nationale de l'aéronef.

(Heidelberg, le 10 février 1960.)

ANNEXE

I. Texte du projet de Résolutions établi par la Commission dans sa séance du 4 septembre 1959

L'Institut de Droit international,

Rappelant ses Résolutions antérieures concernant les problèmes de droit aérien, notamment la Résolution sur le régime juridique des aérostats (session de Madrid, 1911), la Résolution sur la navigation aérienne internationale (session de Lausanne, 1927) et le Projet de Convention sur le règlement des compétences pénales en cas d'infractions commises à bord d'aéronefs privés (session de Luxembourg, 1937) ;

Limitant l'objet de ses Résolutions présentes aux conflits de lois en matière de droit aérien privé ;

Partant du principe que les règles générales de conflits de lois doivent trouver application dans ce domaine spécial, pour autant que la nature même de l'aviation et l'économie du transport aérien n'exigent pas la création de règles de conflit spéciales ;

Adopte les Résolutions suivantes :

A. Circonstances de rattachement

Article premier

La nationalité de l'aéronef est celle de l'Etat sur les registres duquel l'aéronef est immatriculé.

Article 2

Pour autant que le lieu de situation de l'aéronef ne peut être établi ou si l'appareil se trouve dans des régions non soumises à la souveraineté étatique, ce lieu de situation ne peut être qu'un lieu fictif susceptible de varier selon diverses catégories de rapports juridiques exigeant l'application de la loi du lieu.

*B. Règles de conflit concernant les relations juridiques ayant pour objet l'aéronef lui-même ou son exploitation**1. Les droits réels**1. La propriété des aéronefs**Article 3*

La propriété de l'aéronef est régie par sa loi nationale.

*2. Les hypothèques et les privilèges sur les aéronefs**Article 4*

L'hypothèque sur un aéronef est régie par la loi nationale de celui-ci.

La validité des privilèges et le classement des créanciers concernant les aéronefs sont régis par la loi nationale de l'aéronef, sauf les exceptions suivantes :

Les créances afférentes *a)* aux rémunérations dues pour sauvetage de l'aéronef et *b)* aux frais extraordinaires indispensables à la conservation de l'aéronef sont préférables à condition d'être privilégiées et assorties d'un droit de suite au regard de la loi de l'Etat où ont pris fin les opérations de sauvetage ou de conservation.

II. Les obligations

1. Les obligations contractuelles

a) La location et l'affrètement des aéronefs

Article 5

La location et l'affrètement des aéronefs sont régis par la loi à laquelle les parties ont manifesté l'intention de les soumettre.

Si les parties n'ont pas manifesté la volonté d'accepter la compétence d'une loi quelconque, mais si elles sont convenues de soumettre les contestations qui peuvent surgir de l'application du contrat à un tribunal arbitral, ce sont les règles de conflit en vigueur au lieu du siège de ce tribunal qui doivent trouver application.

Si les parties ne sont pas convenues de soumettre les contestations susmentionnées à un tribunal arbitral, la location et l'affrètement seront soumis à la loi nationale de l'aéronef.

b) Le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef

Article 6

Le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef est régi par la loi nationale de l'aéronef et, pour le cas où l'aéronef est exploité par une compagnie étrangère et affrété sans équipage, par la loi du lieu de conclusion du contrat.

c) Le contrat de transport de personnes et de marchandises

Article 7

Le contrat de transport de personnes et de marchandises est régi par la loi à laquelle les parties ont manifesté l'intention de le soumettre.

Pour autant que les parties n'ont pas fixé la loi applicable, c'est la loi du lieu du principal établissement du transporteur qui doit trouver application.

2. *Les obligations non contractuelles*

a) *L'abordage aérien*

Article 8

En cas d'abordage aérien survenu dans l'espace soumis à une souveraineté étatique, c'est la loi du lieu où cet abordage est survenu qui doit trouver application.

En cas d'abordage aérien survenu dans l'espace non soumis à une souveraineté étatique, c'est la loi nationale des aéronefs, si elle leur est commune, qui doit être appliquée. A défaut d'une telle loi, en cas d'abordage fautif c'est la loi nationale de l'aéronef abordé qui doit être appliquée et, en cas d'abordage fortuit, la loi du lieu du tribunal saisi.

b) *L'assistance et le sauvetage*

Article 9

En cas d'assistance et de sauvetage effectués dans des régions soumises à une souveraineté étatique, c'est la loi du lieu où le secours a été prêté qui doit trouver application.

Dans tous les autres cas, c'est la loi nationale de l'aéronef qui a prêté le secours qui est appliquée.

c) *Les dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface*

Article 10

Les dommages causés par l'aéronef aux tiers à la surface sont régis par la loi du lieu où ils ont été causés.

C. Règles de conflit concernant certaines relations juridiques qui ont pris naissance à bord d'un aéronef en vol

I. Les contrats

Article 11

Les conditions de fond d'un contrat sont régies par la loi déclarée compétente par les parties contractantes.

Si les parties n'ont pas manifesté leur volonté quant à la loi compétente, ces conditions sont régies par la loi nationale commune des parties et, à défaut d'une telle loi, par la loi du lieu d'exécution du contrat.

Pour la forme du contrat, c'est la loi nationale de l'aéronef qui remplace la loi du lieu de conclusion du contrat.

II. La constitution de droits réels

Article 12

La constitution d'un droit réel à bord d'un aéronef en vol sur un bien mobilier s'y trouvant est régie par la loi nationale de l'aéronef.

III. Les mariages

Article 13

Dans la mesure où les conditions de fond d'un mariage conclu à bord d'un aéronef sont soumises à la loi du lieu de la célébration, celle-ci est remplacée par la loi nationale de l'aéronef.

La forme du mariage est régie par la loi de l'Etat dont dépend l'autorité qui a procédé à la célébration du mariage.

IV. Les testaments

Article 14

La forme d'un testament sous seing privé est régie par la loi nationale de l'aéronef.

II. *Observations de membres de la vingt-septième Commission
sur le projet de Résolutions établi par elle dans la séance
du 4 septembre 1959*

1. **Observations de M. Plinio Bolla**

Morcote, le 5 janvier 1960.

Monsieur le Professeur et cher Confrère,

Je n'ai pas pu, à mon grand regret, rester à Neuchâtel jusqu'à la fin de la session de l'Institut et je n'ai pas pu dès lors assister à la séance du 4 septembre 1959 de la 27^e Commission chargée de rapporter sur les conflits de lois en matière de droit aérien. Je vous prie de m'en excuser.

Je vous remercie d'avoir bien voulu me communiquer le projet de Résolutions qui a été arrêté par ladite Commission.

A mon avis, l'art. 5 pourrait être utilement amendé de façon à ce qu'il ressorte clairement que l'alinéa 3 est applicable dans tous les cas où ni l'al. 1^{er} ni l'al. 2 ne trouvent leur application. Il faudrait dire alors, selon moi: « Si les parties n'ont pas manifesté la volonté d'accepter la compétence d'une loi quelconque et si elles ne sont pas convenues de soumettre les contestations en question à un tribunal arbitral, la location et l'affrètement seront soumis à la loi nationale de l'aéronef ».

Je me demande en outre si le projet, si complet et si précis, ne gagnerait pas encore en clarté, en assimilant (art. 8) au cas d'abordage aérien survenu dans l'espace non soumis à une souveraineté étatique le cas où le lieu de situation de l'aéronef (au moment de l'abordage) ne peut être établi. La solution, il est vrai, semble ressortir de l'art. 2.

N'ayant pas assisté à la discussion de Neuchâtel, je me demande enfin s'il est bien justifié de soumettre à la loi

nationale de l'aéronef seulement la forme d'un testament sous seing privé et non la forme du testament en général ; la loi nationale de l'aéronef pourrait conférer, à cet égard, certaines fonctions d'officier public au commandant de l'aéronef. On pourrait songer aussi à une solution, plus libérale, reconnaissant la validité des dispositions de dernière volonté si elles satisfont à la loi nationale de l'aéronef ou à la loi nationale du *de cuius*. Qu'en serait-il du testament oral si le projet de Résolutions n'était pas amendé ?

Veillez agréer, Monsieur le Professeur et cher Confrère, l'assurance de mes sentiments très dévoués.

Plinio Bolla

2. Lettre de M. Edvard Hambro

Bergen, le 22 décembre 1959.

Mon cher Confrère,

J'ai lu votre projet de Résolutions élaboré lors de la session de Neuchâtel avec le plus grand intérêt, et j'ai le plaisir de vous faire savoir que je n'ai pas d'amendements à proposer.

Au contraire, je vous félicite vivement du résultat de vos efforts.

Veillez agréer, mon cher Confrère, l'expression de ma haute considération et de mon dévouement.

Edvard Hambro

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES
du tome I

PREMIÈRE PARTIE

Travaux préparatoires

	Pages
I. <i>La conciliation internationale</i> (Trentième Commission).	
Rapport définitif de M. <i>Henri Rolin</i>	5
<i>Rapport définitif</i> de M. <i>Henri Rolin</i> du 9 janvier 1959	5
<i>Avant-projet de Résolution</i>	24
<i>Avant-Projet de Règlement de la procédure de conciliation</i>	26
<i>Annexe I</i>	
<i>Exposé préliminaire</i> de M. <i>Henri Rolin</i> du 9 mai 1958	30
I. Les tâches des commissions de conciliation	32
II. La procédure à suivre en cas d'enquête	35
III. Du rapport et des procès-verbaux dressés en cours de pro- cédure	38
IV. La publicité	40
<i>Questionnaire</i>	43
<i>Annexe II</i>	
<i>Observations de membres de la trentième Commission</i> en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire de M. <i>Henri Rolin</i> du 9 mai 1958	45
1. Réponse de M. <i>Hildebrando Accioly</i>	45
2. Observations du baron <i>F. M. van Asbeck</i>	47
3. Observations de M ^{me} <i>Suzanne Bastid</i>	60
4. Observations de M. <i>J. P. A. François</i>	66
5. Observations de M. <i>Paul Guggenheim</i>	73
6. Réponse de M. <i>Edvard Hambro</i>	79

	Pages
7. Observations de Mr. Philip C. Jessup	82
8. Observations de Lord McNair	85
9. Réponse de Mr. Julius Stone.	88
10. Réponse de M. Fernand De Visscher	107
<i>Annexe III : Documents</i>	
1. Résolution de l'Institut de Droit international (2 septembre 1927, Session de Lausanne)	112
2. Extrait d'une Résolution de l'Union Interparlementaire adoptée à la session d'Helsinki en 1955 sous le titre: « Les conditions d'une coexistence pacifique véritable entre les nations »	115
3. Extrait de l'Acte Général d'Arbitrage, texte de 1949	116
4. Extrait de la Convention Européenne pour le règlement pacifique des différends (Strasbourg, 29 avril 1957)	122
5. Extrait de la Recommandation 79 (1955) de l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe sur le projet de Convention Européenne pour le règlement pacifique des différends	127
II. <i>Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) (Neuvième Commission). Rapport provisoire et rapport définitif de M. Juraj Andrassy</i>	
1. <i>Rapport provisoire</i> de M. Juraj Andrassy d'avril 1959	131
I. Introduction	131
II. Considérations générales	145
1. Objet des travaux de la Commission	147
2. Existence de règles du droit international régissant l'utilisation des eaux	152
3. <i>Lex lata</i> et <i>lex ferenda</i>	155
4. Principes généraux ou règles de détail	157
5. Le renvoi à l'équité	158
III. Avant-projet de Résolution	159
1. Point de départ et plan d'ensemble.	159
2. Préambule et article premier	172

	Pages
3. Droit d'utilisation et ses limitations	174
4. Egalité et proportionnalité	179
5. Interdiction de causer des dommages	181
6. Compensations et droits acquis	188
7. Ordre de priorité	194
8. Préavis et assentiment	195
9. Conciliation des intérêts	199
10. Suspension des travaux	203
11. Procédure en cas de désaccord	205
Texte de l' <i>Avant-projet</i>	210
<i>Annexe I</i>	
<i>Exposé préliminaire de M. Juraj Andrassy du 25 mai 1957</i>	213
I. La tâche et ses limites	213
II. Les utilisations des eaux et leurs effets	222
III. Historique de l'étude au sein de l'Institut	225
IV. Autres travaux et historique de la question en général	229
V. Opportunité de la détermination des règles de droit régissant la matière	238
VI. Existence des règles du droit international régissant l'utilisa- tion des eaux	240
VII. Une question de principe	250
VIII. Principes et règles à dégager	252
<i>Questionnaire</i>	267
<i>Annexe II</i>	
<i>Observations des membres de la neuvième Commission et de M. Bolla en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire de M. Juraj Andrassy du 25 mai 1957.</i>	
1. Observations de M ^{me} Suzanne Bastid	270
2. Observations de Mr. Herbert W. Briggs	276

	Pages
3. Observations de M. Erik Castrén	280
4. Observations de Mr. C. John Colombos	284
5. Observations de M. Nathan Feinberg	286
6. Observations du baron Friedrich August v.d.Heydte	295
7. Observations de M. Herbert Kraus	301
8. Observations de M. Fernand Muûls	306
9. Observations de Mr. Quincy Wright (avec annexe)	312
10. Observations de M. Plinio Bolla	315
2. <i>Rapport définitif</i> de M. Juraj Andrassy du 25 février 1960	319
I. Introduction	319
II. Commentaire du projet de Résolution définitif	327
<i>Projet de Résolution définitif</i>	336

Annexe

<i>Observations de membres de la neuvième Commission et de M. Plinio Bolla en réponse au rapport provisoire de M. Juraj Andrassy du mois d'avril 1959 et au projet de Résolution tel qu'il a été amendé à Neuchâtel en septembre 1959.</i>	
1. Observations de Mr. Herbert W. Briggs	340
2. Observations de M. Erik Castrén	346
3. Lettre de Mr. C. John Colombos	347
4. Observations de M. Nathan Feinberg	348
5. Observations de M. André Gros	350
6. Lettre de M. Yuen-li Liang	353
7. Observations du baron Fernand Muûls	354
8. Observations de Mr. Quincy Wright	356
9. Observations de M. Plinio Bolla	357
III. <i>Conflits de lois en matière de droit aérien</i> (Vingt-septième Commission). Rapport provisoire et rapport définitif de M. <i>Alexandre Makarov</i>	
1. <i>Rapport provisoire</i> de M. Alexandre Makarov du 15 juillet 1959	359

	Pages
A. L'objet du rapport de la Commission	360
B. Les circonstances de rattachement	364
I. La nationalité de l'aéronef	364
II. Le « lieu » (<i>situs</i>) de l'aéronef	368
C. Les règles de conflit concernant les relations juridiques ayant pour objet l'aéronef lui-même	371
I. Les droits réels	371
1. La propriété des aéronefs	371
2. L'hypothèque et les privilèges sur les aéronefs	374
II. Les obligations	377
1. Les obligations contractuelles	377
a) La location et l'affrètement des aéronefs	377
b) Le contrat d'engagement du personnel de l'aéronef	381
c) Le contrat de transport de personnes et de mar- chandises	385
2. Les obligations non contractuelles	388
a) Les avaries	388
b) L'abordage aérien	390
c) L'assistance et le sauvetage	393
d) Les dommages causés par les aéronefs aux tiers à la surface	394
D. Les règles de conflit concernant les relations juridiques qui ont pris naissance à bord d'un aéronef en vol	395
I. Droits réels (transfert de propriété)	398
II. Contrats	399
III. Mariages	401
IV. Testaments	403
<i>Projet de Résolutions</i>	405

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

485

	Pages
<i>Annexe</i>	
I. <i>Exposé préliminaire</i> de M. Alexandre Makarov du 9 juillet 1958	411
II. <i>Questionnaire</i>	426
III. <i>Observations de membres de la vingt-septième Commission</i> en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire de M. A. Makarov du 9 juillet 1958.	427
1. Observations de M. André Audinet	427
2. Observations de M. Léon Babiński	430
3. Lettre de M. Plinio Bolla	437
4. Lettre de M. Edvard Hambro (avec annexe)	437
5. Observations de M. Paul de La Pradelle	440
6. Lettre de M. J.M. Trias de Bes	445
7. Observations de M. Manlio Udina	445
8. Observations de M. Haroldo Valladao	448
9. Observations de M. Fernand De Visscher	454
2. <i>Rapport définitif</i> de M. Alexandre Makarov du 10 février 1960	457
<i>Projet définitif</i> de Résolutions	467
<i>Annexe</i>	
I. Texte du projet de Résolutions établi par la Commission dans sa séance du 4 septembre 1959	473
II. <i>Observations de membres de la vingt-septième Commission</i> sur le projet de Résolutions établi par elle dans la séance du 4 septembre 1959	478
1. Observations de M. Plinio Bolla	478
2. Lettre de M. Edvard Hambro	479
Table analytique des matières	480

