# INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL.

### **ANNUAIRE**

Tome 54

1971

Ţ



Réimpression SCHMIDT PERIODICALS GMBH D-83075 Bad Feilnbach / Germany 2000 Réimpression publiée avec l'accord de l'éditeur, l'Institut de Droit International, Genève, Suisse.

#### 1971

#### **ANNUAIRE**

đe

l'Institut de Droit International

# **ANNUAIRE**

DE

# l'Institut de Droit International

Cinquante-quatrième volume

Session de Zagreb

AOÛT-SEPTEMBRE 1971

Tome I

Justitia et Pace

1971

EDITIONS S. KARGER S.A. BÂLE



### PREMIÈRE PARTIE Travaux préparatoires

#### Les conditions d'application des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies

(Première Commission)

 Rapport préliminaire
 Projet de Résolutions et questionnaire présentés par

M. Paul De Visscher

#### CHAPITRE I

#### INTRODUCTION GÉNÉRALE

#### § 1. Rétroactes

Au cours de la séance qu'il a tenue à la Haye, le 11 décembre 1965, le Bureau de l'Institut a confié à la Première Commission 1 le soin d'étudier « les conditions d'application des

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> La Première Commission, dont le Bureau a bien voulu me confier la charge de rapporteur, a été composée, à l'origine, de la manière suivante: MM. Castrén, Chaumont, Feliciano, Feinberg, François, Hambro, Hubert, Jessup, Liang, Rousseau, Ruda et Schachter. Au lendemain de la session tenue à Nice en 1967, M. Chaumont a exprimé le souhait de ne plus faire partie de la Première Commission et a été remplacé par M. F. Seyersted.

lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies et des organisations régionales ».

Cette décision du Bureau a été prise à la suite des débats que l'Institut avait consacrés, au cours de ses sessions antérieures, à l'examen de divers aspects du droit de la guerre et il m'est particulièrement agréable, au seuil du présent rapport. de rendre hommage à notre éminent Confrère, M. François qui, en sa qualité de rapporteur de la Vingt-cinquième Commission et de la Ouatrième Commission, a consacré des rapports particulièrement fouillés à « la reconsidération des principes du droit de la guerre » 1 et au problème de « l'égalité d'application du droit de la guerre aux parties à un conflit armé » 2. Ces deux rapports, ainsi que les observations et discussions qu'ils ont suscitées au sein de l'Institut, constituent des sources de documentation extrêmement précieuses pour l'actuelle Première Commission. Sur le plan de la méthode de travail, l'expérience du passé semble avoir démontré combien il est difficile d'aboutir à l'adoption de Résolutions claires et quasi unanimes sur le thème de l'égalité d'application du droit de la guerre lorsque les débats sont axés sur des problèmes aussi généraux que ceux qui ont trait à la définition de l'agression ou à la licéité de la création des forces de police internationales.

Cette expérience a manifestement inspiré le Bureau de l'Institut dans le choix du sujet qu'il a assigné à la Première Commission. Ce sujet est en effet limité et devra être abordé, moins dans le souci d'une reconstruction globale du droit de la guerre, que dans celui d'apporter une contribution pratique à

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Rapport provisoire — Annuaire 1957, vol. 47-I-323; Rapport définitif — *ibid*. 491; Discussions: Annuaire 1959, vol. 48-H-178.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Rapport provisoire et rapport définitif — Annuaire 1963, vol. 50-I-5; Discussions: *ibid.*, vol. 50-II-306. Résolutions, p. 368.

la solution des problèmes concrets auxquels le déploiement de forces internationales peut donner naissance lorsque ces forces sont entraînées dans des opérations militaires.

Les Résolutions que l'Institut a adoptées, au terme de sa session de Bruxelles, au sujet du problème de l'égalité d'application des règles du droit de la guerre aux parties à un conflit armé, laissent à la Première Commission une très grande liberté d'action. En effet, la première de ces Résolutions se borne à constater que les prescriptions humanitaires édictées par « les conventions en vigueur, par les principes généraux du droit et par les règles du droit coutumier sont toujours en vigueur pour les parties dans toutes catégories de conflits armés et s'étendent également aux actions entreprises par les Nations Unies ».

Quant à la seconde Résolution, elle exprime l'avis que, sous réserve du respect des règles humanitaires, « il ne peut y avoir complète égalité dans l'application du droit de la guerre lorsque l'organe compétent des Nations Unies a constaté qu'un des belligérants a recouru à la force armée en violation des règles du droit des gens consacrées par la Charte des Nations Unies ».

Depuis l'adoption de ces Résolutions et jusqu'au mois de juin 1968, votre rapporteur a été retardé dans ses recherches par les charges académiques et administratives qui lui ont été confiées au sein de son Université. Peut-être, ne faut-il pas regretter le retard qui en est résulté pour l'avancement des travaux de la Première Commission. En effet, le temps qui s'est écoulé a permis à chacun d'envisager avec plus de sérénité les problèmes qui sont liés au statut des forces internationales. Ce même délai a été mis à profit par de nombreux auteurs pour consacrer au statut des Forces de l'ONU et à leur soumission au droit de la guerre, des études extrêmement bien documentées et d'une haute valeur scientifique auxquelles il

me suffira bien souvent de faire référence <sup>1</sup>. Par ailleurs, au sein même de l'Organisation des Nations Unies, un effort a été amorcé par le « Comité spécial des opérations de maintien de la paix » en vue de confronter tous les points de vue et de régler, de manière pratique, certains aspects limités de ce problème général. Enfin, le renouvellement régulier du mandat

- Frye, W.: A United Nations peace force, London Stevens, 1957.
- Poirier, P.: La force internationale d'urgence, Paris, L.G.D.J., 1962.
- Lee Burns, A. and Heatcote, N.: Peace-keeping by UN Forces, London, Pall-Mall Press, 1962.
- Gamal El Din Attia: Les forces armées des Nations Unies en Corée et au Moyen-Orient, Genève, Droz, 1963.
- Rosner, G.: The United Nations Emergency Force, New York, Columbia, 1963.
- Bloomfield, L. and others: International Military Forces, 1964.
- Bowett, D. W.: United Nations Forces, London, Stevens, 1964.
- Seyersted, F.: United Nations Forces in the law of peace and war, Leyden, Sijthof, 1966.
- Oran Young: Trends in International Peacekeeping. Princeton. N.J. 1966.
- Simmonds, R.: Legal problems arising from the UN military operations in the Congo — The Hague — Nijhoff. 1968.
- --- Bothe, M.: Le droit de la guerre et les Nations Unies, (IUHEI), Genève, 1967.
- L'essentiel de la documentation sur la matière a été réuni et commenté par Higgins, R. United Nations Peacekeeping (1946-1947). 3 vol. dont deux avaient paru en 1970 (Moyen-Orient et Asie), Oxford University Press.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Dans le souci de répondre aux vœux exprimés à diverses reprises par le Bureau, quant à l'étendue des rapports, nous avons renoncé à donner une bibliographie exhaustive du sujet. Nous nous limiterons à indiquer ci-dessous, dans l'ordre chronologique, les principales monographies consacrées aux Forces des Nations Unies:

<sup>—</sup> Breitner, Hutchinson and Weber: United Nations Security Forces — Proposal for the organisation of a permanent military and police body for the UN to maintain universal peace and to implement world law, 1957.

de la Force des Nations Unies à Chypre tend à démontrer qu'au delà des positions politiques, affirmées avec persistance par les divers groupes d'Etats, il existe une commune conviction quant à l'utilité pratique de telles forces.

#### § 2. Objet et esprit général du rapport

Au cours d'une réunion que la Première Commission a tenue à Nice, en septembre 1967, j'ai fait part à mes confrères de l'embarras que j'éprouvais à traiter de l'application du droit de la guerre aux forces instituées par des organisations régionales. J'ai constaté que ce sentiment était partagé par la majorité des membres de la Commission qui ont exprimé l'avis qu'il n'était pas possible de traiter simultanément de l'application du droit de la guerre aux Forces des Nations Unies et aux Forces des organisations régionales. Dans l'état d'avancement de nos travaux et en attendant les observations des membres de la Commission, j'ai estimé préférable de ne traiter, dans le présent rapport, que de l'application du droit de la guerre aux seules Forces des Nations Unies.

En vue de fixer, avec le maximum de précision, la portée de nos futures Résolutions, il m'a paru indispensable d'éclaircir le sens des expressions « Forces des Nations Unies » et « opérations militaires ». Ces questions seront abordées dans le paragraphe trois de la présente introduction.

Bien que le Bureau de l'Institut ait chargé notre Commission d'étudier « les conditions d'application » des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies, je pense qu'il a certainement entendu inclure dans notre mission l'étude de « la mesure » de cette application puisque, aussi bien, c'est cette dernière question qui a été le plus vivement débattue au cours de la session de Bruxelles. De même, je pense que notre Commission devra également se consacrer à l'étude des fac-

teurs, de droit et de fait, susceptibles d'assurer une meilleure application des parties du droit de la guerre qui seraient jugées applicables aux Forces des Nations Unies. Parmi ces facteurs, on relèvera notamment ceux qui ont trait à l'adhésion formelle de l'Organisation aux conventions humanitaires, l'aménagement du régime de la puissance protectrice, l'institution au sein des Forces des Nations Unies de juridictions pénales et disciplinaires, la diffusion des lois et coutumes de la guerre ainsi que la coordination des services sanitaires existant au sein des divers contingents nationaux.

Quant à l'esprit général du rapport, je me permets d'exprimer le souhait de voir traiter notre sujet dans un esprit éminemment pratique et en dehors de tout dogmatisme. Dans le droit de la guerre, la tendance dogmatique est celle qui, jadis, se refusait à admettre l'application des lois de la guerre aux conflits armés de caractère non international, pour cette raison que la guerre ne pouvait être qu'une prérogative de la souveraineté dont seuls les Etats étaient investis. Les tenants de la même tendance ont longtemps contesté et contestent encore que le statut de belligérance puisse être autre chose qu'un statut concédé discrétionnairement par des Etats souverains. Enfin, depuis que la guerre a été mise hors la loi, la tendance dogmatique caractérise les auteurs qui, hors le cas de la légitime défense, ne veulent voir dans l'usage de la force qu'un crime, ou une mesure de police réservée aux organes de la communauté internationale agissant en stricte conformité avec les dispositions de fond et de forme de sa charte constitutionnelle.

Par une forme de contagion naturelle, les positions doctrinales des tenants de la tendance dogmatique ont été transposées, du plan du jus ad bellum, où leur bien fondé est incontestable, au plan du jus in bello, où des raisons d'ordre humanitaire et de sécurité juridique exigeaient cependant que ne soient pas soustraits à l'emprise des seules règles de droit existantes, des comportements que le droit avait certes condamnés mais qu'il s'était révélé impuissant à prévenir ou à réprimer de manière efficace.

Je crains que si l'Institut devait céder à cette tendance, nos travaux seraient fatalement voués à l'échec. Avec Baxter, je considère en effet qu'il y a une véritable pétition de principes dans le fait de prétendre construîre tout le droit applicable aux rapports hostiles entre Etats sur le postulat de la mise de la guerre hors la loi, car c'est là confondre le jus ad bellum avec le justum in bello 1. Je partage sur ce point l'opinion du juge Jessup qui, en 1948 déjà, s'exprimait dans les termes suivants: « It is a mistake to assume that the acceptance of the concept of international police forces and their use against an « out law », with its consequent abolition of the concept of « war » in a legal sense, eliminates the necessity for the legal regulation of the rights and duties of those who are participants in the struggle and of those, who for geographical or other reasons, are not called on to take an active part. » 2

J'ai enfin le sentiment que toute l'évolution du droit de la guerre tend à prouver que la tendance dogmatique a perdu du terrain en raison même de l'échec, au moins relatif, de l'idée d'une sécurité collective fortement institutionnalisée, et en raison aussi des exigences impérieuses de sécurité et de justice que la multiplicité des conflits armés ne cesse de mettre en lumière. On ne peut s'expliquer autrement l'extension remarquable qui a été donnée, en 1949, aux Conventions de Genève et c'est pour les mêmes raisons que des institutions telles que le Comité international de la Croix-Rouge ne cessent de

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Baxter: The definition of war. Rev. Egypt. Dr. intern. 1960, vol. 16, p. 8.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Jessup, Ph.: A modern law of Nations, 1948, p. 188.

plaider en faveur d'une application toujours plus large des règles humanitaires du droit de la guerre dans les conflits internes, spécialement au bénéfice des détenus politiques.

En bref, j'estime que le besoin d'une réglementation de l'usage de la force est tel qu'il serait déplorable d'en compromettre les chances en se réclamant de principes qui, si rationnels et logiques qu'ils soient, n'ont pas encore été effectivement accueillis dans la réalité des relations internationales.

Dans le même souci de faire œuvre essentiellement pratique, il me paraît souhaitable d'écarter de nos débats deux problèmes au sujet desquels il n'existe, à mon avis, aucune chance prochaine de voir s'établir un accord général.

Le premier est celui qui a trait à la définition de l'agression. Compte tenu de l'impasse qui existe en cette matière, sur le plan politique, je crains que si l'élaboration d'une définition matérielle de l'agression devait être considérée comme une condition préalable à l'élaboration de résolutions relatives à la discrimination dans l'application des lois de la guerre, nous n'aboutirions à aucun résultat. Je pense d'ailleurs que le problème dont l'étude nous a été confiée peut être traité, de manière constructive, sans qu'il soit besoin de définir, au préalable, la notion d'agression. La Charte a en effet institué une procédure de désignation de l'agresseur par le Conseil de Sécurité et, faute de disposer d'un autre critère, c'est en fonction de la mise en œuvre de cette procédure que le problème d'une éventuelle discrimination dans l'application du droit de la guerre devra être abordé.

Le second problème qui me semble devoir être écarté de nos discussions est celui qui se rapporte à la détermination de l'organe compétent pour créer des forces internationales.

Les membres de l'Institut sont parfaitement informés des querelles qui ont surgi à ce propos entre les tenants de la compétence exclusive du Conseil de Sécurité, agissant selon la

procédure instituée par les articles 42 et 43 de la Charte, et les tenants de la compétence, partiellement concurrente de l'Assemblée générale. Ceux d'entre eux qui ont pris part à la session de Bruxelles savent également que c'est, en partie, à cette querelle qu'il faut attribuer les difficultés que l'Institut a éprouvées à dégager une majorité cohérente en faveur des Résolutions adoptées au terme de cette session. Tout en reconnaissant l'intérêt doctrinal qui s'attache à la question de savoir si la Charte doit être interprétée de manière dynamique, réaliste ou littérale, il faut constater que la controverse est restée ouverte malgré l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire concernant certaines dépenses des Nations Unies. Entre-temps, des forces ont été créées ou maintenues en activité et je suis porté à croire qu'il importe moins de savoir si ces forces sont régulières ou non que de savoir si elles seront soumises à tout ou partie du droit de la guerre au cas où, d'une manière quelconque, elles se trouveraient engagées dans des opérations militaires.

De la même manière que l'on ne peut voir une justification de la guerre dans les efforts développés en vue de l'amélioration du jus in bello, ainsi les résultats que l'Institut pourrait atteindre dans la détermination des conditions d'application du droit de la guerre aux Forces des Nations Unies, ne pourront, en aucun cas, être invoqués comme impliquant approbation des procédés utilisés par l'Organisation en vue de créer de telles forces.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Ainsi que l'écrit Andrassy: « malgré l'avis consultatif de la Cour et en dépit de l'arsenal d'arguments tirés de l'interprétation de la Charte on ne put tomber d'accord sur une solution basée sur le droit en vigueur, Le rejet de l'avis consultatif par les opposants, le maintien inébranlable des positions respectives, laissent supposer qu'il ne faut pas s'attendre à une solution par application du droit ». Quelques réflexions sur le problèmes des opérations de maintien de la paix, dans « Mélanges en l'honneur de P. Guggenheim », Genève, 1968, p. 778.

## § 3. Essai de clarification de l'expression « opérations militaires des Nations Unies »

a) L'expression « opérations militaires des Nations Unies » est une expression elliptique par laquelle le Bureau de l'Institut a vraisemblablement entendu désigner les « opérations militaires » dans lesquelles peuvent se trouver engagées des « Forces de l'Organisation des Nations Unies ».

Plutôt que d'utiliser des termes empruntés à la Charte tels que « recours à la force », « action préventive » ou « action coercitive », le Bureau de l'Institut me paraît avoir été bien inspiré en utilisant l'expression « opérations militaires ». Ainsi que je m'attacherai à le démontrer dans la suite de ce rapport, le problème de l'application éventuelle de tout ou partie du droit de la guerre aux Forces des Nations Unies n'est pas lié à la nature de la mission confiée à ces forces. Cette application est conditionnée par la survenance d'hostilités, c'est-à-dire par la survenance d'un fait à l'origine duquel les Forces des Nations Unies peuvent éventuellement être étrangères, ou dans le déclenchement duquel les Forces n'auront pas nécessairement agi conformément aux termes de leur mandat.

L'expression « opérations militaires » doit donc être entendue, pour les besoins de l'interprétation des Résolutions en projet, comme synonyme de « guerre » au sens matériel du terme. Selon Kotzsch<sup>1</sup>, il y a lieu d'entendre par la guerre, au sens matériel du terme : « a continuous clash of arms conducted by organized armies which engage the responsibility of governments. It does not presume the condition that the belligerents must be States. The existence of war in the material sense is something to be judged by evidence not of

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Kotzsch, L.: The concept of war in contemporary history and international law, Genève, 1956, p. 56.

intentions, but of the activities of military forces in the field ».

En droit international classique, la doctrine s'attache à distinguer la guerre internationale, la guerre civile et tous autres phénomènes de violence susceptibles de se produire au sein d'un Etat sous la forme de rébellions, émeutes et mutineries.<sup>1</sup>

Parce qu'elle est une organisation internationale, je ne crois pas que l'Organisation des Nations Unies puisse être impliquée dans une guerre civile. Même lorsque l'Organisation des Nations Unies est chargée de l'administration d'un territoire et investie, à ce titre, de pouvoirs comparables à ceux qui caractérisent la souveraineté, sa fonction est toujours d'intérêt international et reste finalisée par les besoins de la paix et de la sécurité internationales.<sup>2</sup>

Si la distinction entre guerre civile et guerre internationale, au sens matériel du terme, me paraît sans grand intérêt pour notre sujet, en revanche la distinction entre guerre au sens matériel du terme et insurrections, émeutes, mutineries et rébellions, conserve toute son importance. Malheureusement cette distinction ne peut s'établir qu'en fait. Elle tient au degré d'intensité des actes de violence en cours, à leur durée, à leur extension et au degré plus ou moins poussé d'organisation des parties en conflit. Tous les auteurs reconnaissent le caractère éminemment relatif de cette distinction 3 et je pense que ce

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Castrén, E.: Civil War, Helsinki, 1966; Siotis, J.: Le droit de la guerre et les conflits armés d'un caractère non international, Paris, 1958.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Selon Seyersted, il eut fallu analyser en un conflit interne les hostilités qui auraient pu éclater entre les forces internationales et la population locale dans les cas d'occupation internationale de Leticia, de la Sarre et de la Nouvelle Guinée occidentale, op. cit., p. 214.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Castrén, E.; op. cit., p. 28; Jessup, Ph.: Foreign Affairs, 1937, 270; Siotis, op. cit., p. 22,

n'est pas à l'occasion d'un rapport consacré à un aspect limité du droit de la guerre que l'Institut doit tenter de résoudre ce problème.

L'expression « opérations militaires » que le Bureau a choisie me paraît en définitive satisfaisante. D'une part, elle apaisera les scrupules de ceux qui répugnent à admettre que l'Organisation des Nations Unies puisse être « partie » à une « guerre » ou à un « conflit armé ». D'autre part, à la différence des expressions « opérations de police internationale » ou « actions », l'expression « opérations militaires » met l'accent sur le caractère proprement militaire des opérations et, par là, évoque l'idée d'engagements d'une certaine ampleur, ce qui les distinguera des mesures que les Forces des Nations Unies pourraient être appelées à prendre en vue de faire face à une insurrection ou à une émeute.

b) En assignant à la Première Commission le soin d'étudier l'application des lois de la guerre aux opérations militaires « des Nations Unies », je ne crois pas que le Bureau ait entendu lui demander d'envisager le cas d'opérations militaires conduites par des Etats membres des Nations Unies. Le fait que le Bureau ait visé, dans le même intitulé, les opérations militaires des Nations Unies et des organisations régionales. me porte à croire que nous devons nous borner à envisager l'application du droit de la guerre aux seules opérations militaires dans lesquelles se trouveraient engagées des Forces « de l'Organisation » des Nations Unies. Cette question, qui paraîtra peut-être essentielle à certains, l'est en réalité moins qu'on l'imagine à première vue. En effet, le problème de l'application du droit humanitaire de la guerre ne soulève de questions réellement neuves que dans le cas où l'une des parties aux opérations militaires est l'Organisation des Nations Unies, si bien, qu'en cette matière, où aucune discrimination n'est d'ailleurs admise, l'Institut n'aura pas à se préoccuper des opérations militaires menées par des Etats membres agissant sur base d'une résolution de l'Organisation. Quant à l'application des règles non humanitaires du droit de la guerre, le problème de la discrimination sera envisagé en fonction d'une désignation formelle de l'agresseur si bien que les Résolutions en projet pourront trouver application non seulement au profit de l'Organisation comme telle, mais également au profit de l'Etat victime de l'agression, de ses alliés ainsi que des Etats membres de l'Organisation qui viendraient en aide à la victime en exécution d'une résolution de l'Organisation.

Ainsi que nous venons de le relever, c'est au regard de l'application des règles humanitaires du droit de la guerre qu'il convient, au premier chef, de préciser le sens de l'expression: « Forces des Nations Unies » de manière à savoir si l'ensemble des droits et devoirs dérivant de ce droit humanitaire auront comme destinataires l'Organisation comme telle ou les Etats nationaux des contingents.

La doctrine s'est efforcée de classer les diverses Forces des Nations Unies auxquelles la pratique de l'Organisation a donné naissance selon divers critères parmi lesquels nous citerons ceux qui se fondent sur : la qualité de l'organe créateur de la Force, la mission assignée à la Force, la composition de la Force (recrutement individuel ou contingents nationaux), la structure du commandement de la Force et le degré de contrôle exercé à son égard par l'Organisation, le financement de la Force, la nature des relations entre la Force et l'Etat sur le territoire duquel la Force sera appelée à exercer ses fonctions, etc...

Au regard du droit de la guerre, qui est le seul point de vue auquel notre Commission doit se placer, c'est le critère fondé sur le degré de contrôle effectif exercé par l'Organisation sur les Forces qui devra être retenu. Adopter tout autre critère aurait pour effet, non seulement de faire rebondir des querelles dont la solution est indifférente à celle du problème qui nous occupe, mais aussi de restreindre dangereusement l'application du jus in bello.

Que les Forces des Nations Unies aient été créées par l'organe désigné à cet effet par la Charte et selon la procédure prévue à cette fin, ou qu'elles aient été créées de manière irrégulière, dans l'un comme dans l'autre cas, nos Résolutions devront s'appliquer dès l'instant où il s'agira de forces placées sous le contrôle effectif de l'Organisation. Cette solution s'impose d'autant plus que les opinions divergent quant à la licéité de la création des Forces de l'ONU et qu'il n'existe aucun organe juridictionnel qualifié pour censurer les diverses formes d'excès de pouvoir dont les actes des organes de l'ONU pourraient être entachés.

J'écarte également l'idée de définir les Forces des Nations Unies, pour l'application éventuelle du droit de la guerre, en fonction des missions qui pourraient leur être assignées par les résolutions qui les ont créées. Dès l'instant, en effet, où une force, équipée d'armes et placée sous le contrôle de l'Organisation comme telle, se trouve impliquée, en fait, dans des opérations militaires que leur importance commande d'assimiler à une guerre, le droit de la guerre doit trouver application, dans la mesure que nous tenterons de préciser, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la mission qui lui avait été assignée. Toute Force des Nations Unies est exposée à des attaques armées et peut, de ce fait, être contrainte à exercer son « droit naturel » de légitime défense. De telles attaques peuvent être le fait de l'Etat hôte 1 ou d'un Etat tiers et qu'il s'agisse de forces

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Par exemple, à la suite d'un désaccord relatif à la mission de la Force ou à la durée de celle-ci. — Voy. en ce qui concerne la mesure du droit de légitime défense de la Force de Chypre, la Note du Secrétaire général des Nations Unies du 11 avril 1964, Revue des NU, avril 1964, p. 29 et suiv.

de contrôle, de surveillance ou de police, il importera toujours de savoir si, lorsqu'elles seront victimes de telles attaques, les Forces des Nations Unies devront respecter le droit de la guerre et pourront en réclamer le bénéfice. Par ailleurs, quelles que soient la nature et la mission d'une Force 1, des opérations militaires peuvent être déclenchées par des Forces des Nations Unies, en vue d'assurer leur liberté de mouvement, dans des conditions de régularité douteuse au regard des résolutions déterminant leur mission. Enfin, il ne faut pas exclure l'hypothèse d'opérations militaires déclenchées irrégulièrement, soit par le Commandant de la Force, soit par un contingent national agissant dans l'ignorance ou au mépris des instructions du Commandant de la Force ou de l'organe compétent de l'Organisation.

Si le mode de création des Forces, la nature de leur mission ainsi que la nature des rapports établis entre elles et l'Etat hôte sont autant de critères qui ne présentent pas de pertinence quant à l'application éventuelle du droit de la guerre aux opérations militaires dans lesquelles ces Forces pourraient être engagées ou entraînées, en revanche, il est certain qu'une telle application n'est concevable, en tant que relation juridique entre l'Organisation des Nations Unies et la partie adverse, qu'à la double condition qu'il s'agisse de forces de type militaire et que ces Forces soient placées sous le contrôle effectif de l'Organisation comme telle.

¹ Nature et mission qu'il est en pratique souvent difficile de déterminer avec certitude, en raison du caractère vague des résolutions qui les crèent et de l'absence de référence à l'article de la Charte qui leur sert de base. — Voy. quant à l'équivoque de la catégorie des « forces pour le maintien de la paix » (peace-keeping Forces): Halderman, J. W.: Some international constitutional aspects of the Palestine case, Law and Contemporary Problems, A. J., vol. 33, n° 1, et: Some legal aspects of sanctions in the Rhodesian case, ICLQ, July, 1968.

La première condition n'appelle guère de développements car la considération qui l'inspire est identique à celle que nous avons rencontrée plus haut en traitant de la notion d'opérations militaires. Pour qu'il puisse y avoir opérations militaires, il faut, de toute évidence, que ces opérations soient engagées entre des armées, c'est-à-dire des unités organisées, formées de militaires pourvus d'armes offensives ou défensives dont la nature et l'utilisation sont susceptibles d'engendrer, en fait, de véritables hostilités.

Si une Force des Nations Unies est composée de civils, ou si les militaires qui la composent ne sont pourvus d'aucun armement, les actes de violence dont la Force pourrait être l'objet de la part de l'Etat hôte, d'un Etat tiers ou de groupes de rebelles, échapperont à l'emprise du droit de la guerre et relèveront généralement du droit commun de la responsabilité internationale.

Pour les raisons qui ont déjà été relevées, le caractère militaire de l'entité qualifiée de Forces des Nations Unies devra s'apprécier en fait et non en fonction de la mission assignée à la Force. En effet, si toute opération militaire déclenchée par une force investie d'une mission de contrainte armée devra normalement être régie par le droit de la guerre, inversement, le droit de la guerre ne sera pas nécessairement étranger aux actes de violence dont une force investie d'une pure mission de surveillance pourrait être la victime ou l'initiatrice.

Le droit de la guerre donnant naissance à des relations juridiques entre deux sujets distincts du droit international, il importe essentiellement de savoir à quelles conditions les opérations militaires des unités qualifiées de Forces des Nations Unies pourront donner naissance à un rapport juridique entre la partie adverse d'une part et l'Organisation des Nations Unies comme telle. Suffit-il, pour qu'il en soit ainsi, que les

unités militaires engagées dans les opérations aient été formellement qualifiées de « Forces des Nations Unies », ou bien cette qualification formelle doit-elle reposer sur un lien de rattachement effectif des Forces par rapport à l'Organisation?

L'importance de ce problème a été parfaitement mise en lumière par l'expérience des forces engagées dans le conflit de Corée. Formellement, l'Assemblée générale a utilisé l'expression de « Forces armées des Nations Unies » <sup>1</sup> et l'on peut citer de nombreux textes qui utilisent des expressions telles que « Commandement unifié des Nations Unies », « Commandant en chef des Forces des Nations Unies » ou « prisonniers des Nations Unies ». On rappellera également que l'Organisation autorisa le Commandement unifié à faire usage du drapeau des Nations Unies <sup>2</sup> et que le Secrétaire général fut habilité à conclure des arrangements avec le Commandement unifié en vue de l'octroi aux membres des Forces de distinctions honorifiques et autres insignes <sup>3</sup>.

Nonobstant la qualification formelle qui a été donnée aux Forces engagées dans l'opération de Corée, la majorité des auteurs relève que ces Forces échappaient à la direction et au contrôle effectif de l'Organisation comme telle 4. Dirigées par un commandant que le gouvernement des Etats-Unis a nommé et révoqué unilatéralement, placées sous un statut purement national, agissant sur le plan stratégique et tactique en dehors de toutes directives de l'organe compétent de l'Organisation, les forces engagées dans l'opération de Corée ne

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Résolution 376 (V) du 7 octobre 1950.

 <sup>2</sup> Résolution du 7 juillet 1950 (S. 1588).

<sup>3</sup> Résolution 483 (V).

<sup>\*</sup> Bowett, op. cit., pp. 26 à 53; Seyersted, op. cit., pp. 32 à 41; 98; 110 à 112 et 120 à 126.

peuvent être considérées que comme les forces d'une alliance d'Etats membres agissant en exécution d'une recommandation du Conseil de Sécurité. Ainsi, quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir quant à la nature de l'opération de Corée, il faut convenir que les forces qui ont concouru à son exécution n'étaient pas, à proprement parler, des Forces de l'Organisation des Nations Unies. Ainsi que l'écrit Seyersted, les facteurs de contrôle et d'allégeance entre les Forces de Corée et l'Organisation des Nations Unies « are not sufficient to establish the United Nations as bearer of the rights and duties in respect of the Force, either alone, or concurrently with the United States or other governments » 1.

Le problème du lien de rattachement effectif entre les unités qualifiées de Force des Nations Unies et l'Organisation des Nations Unies devra nécessairement être abordé par l'Institut. Il est en effet essentiel, non pas nécessairement pour résoudre la question de la discrimination éventuelle dans l'application du droit de la guerre, mais bien pour résoudre celle du destinataire des règles de ce droit.

Personnellement, je pense que l'Organisation des Nations Unies ne peut être considérée comme destinataire des règles de droit de la guerre qu'à la condition que les forces qui concourent à l'exécution de ses résolutions soient placées, à son égard, dans un lien d'allégeance effectif et qu'en conséquence il conviendra de faire référence à cette exigence dans la Résolution qui définira la notion de Forces des Nations Unies, aux fins de déterminer la portée des autres Résolutions en projet.

A première vue, l'on pourrait chercher à franchir un pas de plus et tenter de préciser quels sont, concrètement, les divers facteurs constitutifs de cette allégeance des forces à l'égard de

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Op. cit., p. 121.

l'Organisation des Nations Unies. A mon avis, l'Institut ne doit pas s'engager dans cette voie. Notre rôle ne consiste pas. en effet, à établir un projet de statut d'une force internationale idéale soustraite, dans sa composition, sa direction et son financement à toute influence quelconque des souverainetés nationales et apparaissant ainsi, à tous égards, comme entièrement intégrée à la personne juridique de l'ONU. Notre rôle n'est pas non plus de conférer un brevet d'internationalité aux diverses Forces que l'ONU a créées jusqu'à ce jour. Tout en réservant l'avenir, nous devons plutôt énoncer les conditions minima du contrôle que l'Organisation doit exercer sur les Forces pour que celles-ci puissent être considérées comme substantiellement différentes des forces d'une coalition d'Etats, de manière à éviter que puissent être placées sous le pavillon de complaisance de l'Organisation des forces qui ne seraient, en fait, que des instruments au service d'un ensemble limité de politiques nationales.

Ces exigences minima ont trait à la création des forces, à leur direction sur le plan stratégique et tactique, au statut des hommes ou contingents appelés à en faire partie, et spécialement à leur statut disciplinaire, et enfin à la responsabilité de leur comportement. Ces diverses exigences sont susceptibles d'être appréciées différemment selon qu'il s'agira d'appliquer aux Forces les règles du droit humanitaire de la guerre ou de leur appliquer toute autre partie du droit de la guerre. C'est pour cette raison que nous en traiterons de manière plus détaillée dans les chapitres suivants.

Pour l'instant, je me bornerai à suggérer une définition générale qui pourrait constituer la première de nos Résolutions et qui, compte tenu des idées développées dans le présent paragraphe, pourrait être rédigée comme suit:

Au sens des présentes Résolutions, il y a lieu d'entendre par Forces des Nations Unies tous corps armés institués par l'Organisation des Nations Unies et dont celle-ci a confié la direction et le contrôle suprême à un de ses organes responsable devant elle, en dotant cet organe des prérogatives et des moyens nécessaires en vue de lui permettre de veiller à ce que les hommes et contingents placés sous son autorité exécutent les tâches qui leur ont été assignées par les résolutions de l'Organisation, dans l'intérêt du maintien de la paix et de la sécurité internationales ainsi que dans le respect du droit.

Dans ce projet de Résolution, les mots « corps armés » ont été utilisés en vue d'exclure du champ d'application de nos Résolutions les groupes qualifiés formellement de « Forces » et qui seraient composés soit de civils, soit de militaires non armés c'est-à-dire de personnes n'ayant pas la possibilité d'être engagées dans des opérations militaires.

En utilisant les mots « institués par l'Organisation des Nations Unies », nous avons voulu exclure les forces armées créées par des Etats ou une alliance d'Etats, ce qui — répétons-le — ne préjuge pas la question de savoir si les forces d'une alliance agissant en exécution d'une résolution des Nations Unies ne pourraient pas, éventuellement, bénéficier de discriminations dans l'application du droit de la guerre. Etant donné que nous considérons que le régime applicable aux opérations militaires des Forces des Nations Unies n'est pas conditionné par la régularité de l'acte créateur de ces Forces, nous avons préféré parler de Forces instituées « par l'Organisation des Nations Unies » plutôt que de Forces instituées « par l'organe compétent de l'Organisation des Nations Unies ».

Pour le surplus, la Résolution tend essentiellement à mettre en lumière les notions corrélatives de contrôle et de responsabilité qui me paraissent indissociables de toute appartenance des Forces à l'Organisation comme telle.

Ces notions fondamentales, que précisent les Résolutions consacrées à l'application des règles humanitaires du droit de la guerre, devaient, dans une Résolution liminaire, être énoncées en termes généraux. Ceux que nous avons utilisés met-

tent l'accent sur la direction et le contrôle suprême des Forces par un organe de l'Organisation, responsable devant celle-ci. Cet organe peut être le Secrétaire général, un Commandant en chef ou un Comité d'Etat-Major. L'essentiel est que cet organe ait été désigné par l'Organisation et ait à répondre devant celle-ci du comportement des Forces. Pour que pareille responsabilité ne soit pas purement nominale, le projet de Résolution précise que l'organe auquel sera confiée la direction de la Force devra disposer de « prérogatives » (de droit) et des « moyens » (de fait) en vue de veiller à la correcte exécution des tâches assignées aux « hommes » (dans l'hypothèse d'une Force recrutée sur base individuelle) et « contingents » placés sous son autorité.

Enfin, il convenait de préciser que l'autorité de l'organe responsable de l'action des Forces ne pouvait être discrétionnaire ou arbitraire. C'est la raison pour laquelle le texte proposé précise que les tâches des forces sont celles qui leur seront assignées par les résolutions de l'Organisation et que leur bon exercice devra toujours s'apprécier en fonction des exigences du maintien de la paix et du respect du droit.

Je pense que la Résolution couvre ainsi toutes les formes de forces susceptibles d'être engagées dans des opérations militaires, soit en raison de la mission de coercition qui leur serait confiée, soit en raison d'attaques dont elles pourraient être l'objet. Sont en revanche exclues les forces placées sous le commandement d'un ou de plusieurs Etats et dont les opérations ne peuvent, à mon avis, être imputées à la personne juridique de l'ONU.

#### CHAPITRE II

#### L'APPLICATION DES RÈGLES HUMANITAIRES DU DROIT DE LA GUERRE AUX OPÉRATIONS MILITAIRES DES NATIONS UNIES

#### § 1. Justification du principe de cette application

L'Institut ayant très nettement conclu, en 1963, à l'application des règles humanitaires du droit de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies, il paraîtra vraisemblablement superflu de justifier longuement pareille conclusion.

La justification fondamentale d'une telle application a été exposée par notre éminent et regretté Confrère, M. Max Huber qui a rappelé avec force qu'« une institution qui est créée pour protéger le droit ne peut concevoir l'idée de se départir des règles qui ont pour but de protéger les intérêts humanitaires dans les conflits sanglants entre groupes d'hommes » 1

A cet argument fondamental, qui a rallié l'assentiment unanime des membres de l'Institut, on a ajouté diverses considérations fondées notamment:

- sur le fait que la mise de la guerre hors la loi n'implique aucune abrogation du régime juridique destiné à régler les situations susceptibles de naître en cas d'infraction à cette prohibition;
- sur le danger que présenterait un vide juridique dans les relations hostiles entre Forces des Nations Unies et la partie adverse, au cas où les règles humanitaires du droit

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Annuaire 1957, vol. 47, I, pp. 417-418.

de la guerre ne seraient pas reconnues applicables, de plein droit, dans cette hypothèse;

- plus spécialement, sur le risque de voir la partie adverse se réclamer du défaut d'acceptation des règles humanitaires du droit de la guerre par les Nations Unies ou par certains Etats participants pour en refuser le bénéfice aux Forces des Nations Unies, ou pour se livrer à leur égard à des mesures de représailles; <sup>1</sup>
- sur l'intérêt majeur qui s'attache à ce qu'un même droit matériel régisse une opération militaire unique, à la mise en œuvre de laquelle participent des contingents provenant de plusieurs Etats dont certains pourraient ne pas être liés par les Conventions de Genève de 1949.<sup>2</sup>

#### § 2. Contenu du droit humanitaire de la guerre

Sur le plan doctrinal, il existe un courant d'opinion qui tend à affirmer la spécificité et l'autonomie du droit humanitaire, en tant que catégorie particulière de l'ordre juridique international. Cette tendance, que l'on trouve sous la plume d'auteurs tels que Coursier<sup>3</sup>, Pastor Ridruego<sup>4</sup> et Siotis<sup>5</sup> est vraisem-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Voy. notamment les observations de Bindschedler, *Annuaire* 1963, I, vol. 50, pp. 79 et suiv., et de Eustathiades, *Annuaire* 1963, vol. 50, II, pp. 27 et suiv.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ruegger, Annuaire 1957, I, vol. 47, p. 432.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Coursier, H.: L'évolution du droit international humanitaire, *Recueil des Cours*, 1960, I, vol. 99, pp. 361 et suiv.; Définition du droit humanitaire, AFDI, 1955, 233.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Pastor Ridruego, A.: Contribución al estudio del derecho humanitario bellico: concepto, contenido y naturaleza, Rev. Esp. Derecho militar, Madrid, janv.-juin, 1959.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Siotis, J.: Le droit de la guerre et les conflits armés d'un caractère non international, Paris, LGDJ, 1958, pp. 220 et suiv.

blablement justifiée dans la mesure où elle tend à mettre en lumière que les normes du droit des gens qui ont pour objet de protéger la personne humaine, réclament la mise en œuvre d'un esprit, d'une méthode d'interprétation, de procédures de contrôle et de sanctions qui diffèrent sensiblement de ceux qui caractérisent l'élaboration, l'interprétation et la mise en œuvre du droit proprement politique. A la différence de ce dernier, le droit humanitaire répugne en effet à toute discrimination fondée sur le statut politique ou juridique des parties en cause; sa violation ne justifie pas les mesures de représailles et sa mise en œuvre appelle des contrôles de caractère impartial et supranational.

Si la reconnaissance de la spécificité du droit humanitaire peut paraître pleinement justifiée au point de vue rationnel et à des fins didactiques, elle présente cependant le danger de transposer sur le plan des sources formelles, une distinction qui n'a de justification qu'en raison de la finalité de la règle de droit. La notion de droit humanitaire est une idée-force qui, jadis ignorée, pénètre lentement par secteurs dans un ordre juridique qu'elle devra un jour vivifier dans tous ses éléments. A cet égard, on peut légitimement penser que les efforts déployés en vue de « circonscrire » le domaine du droit humanitaire contredisent ceux qui visent à « humaniser » le droit international.

Au cours de sa session de Lausanne, tenue au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'Institut a affirmé que « la reconnaissance et le respect des droits inhérents à la personne humaine, que doit servir et non asservir l'Etat, sont intimement liés au progrès du droit des gens » <sup>1</sup>

Si cette déclaration n'a rien perdu en actualité, elle doit nous inciter à ne pas favoriser la création ou l'accentuation d'une

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Résolution I du 9 août 1947, Annuaire 1947, vol. 41, p. 259.

véritable dichotomie entre le droit humanitaire de la guerre et le droit politique de la guerre, ou entre ce qu'il est convenu d'appeler le droit de Genève et le droit de La Haye. S'il est vrai que les perspectives d'une reconstruction du droit politique de la guerre sont limitées, le juriste ne doit pas, pour autant, chercher un alibi, qui pourrait devenir une complicité, dans le seul progrès du droit de Genève.

Au surplus, avec notre Confrère M. Kunz<sup>1</sup>, je crois à l'unité fondamentale du droit de la guerre qui, en tous ses éléments, est la traduction d'un équilibre toujours perfectible, entre les exigences de l'efficacité et celles du respect de la personne humaine<sup>2</sup>. Enfin, concrètement, il est extrêmement difficile d'établir le départ entre les règles humanitaires et les règles non humanitaires et il est bien évident que cette distinction ne coïncide pas avec la distinction formelle que l'on établit généralement entre le droit de La Haye et le droit de Genève.

Je pense que sur ce point il n'existe aucune divergence de vues au sein de l'Institut. On remarquera, en effet, que dans la Résolution adoptée en 1963, l'Institut a affirmé que les actions entreprises par les Nations Unies étaient soumises aux règles humanitaires du droit de la guerre, en prenant soin de ne pas faire référence aux seules conventions de la Croix-Rouge. On

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Kunz, J. L.: The laws of war, AJIL 1956, 313 et 322 et suiv. — Voy. aussi les observations de Kunz dans Annuaire 1963, vol. 50, I, p. 45 et pp. 94-95; dans le même sens: Eustathiades, Annuaire 1963, vol. 50, II, p. 28.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ainsi que l'observe Guggenheim, la finalité humanitaire du droit de la guerre n'a pas été ignorée par les auteurs de la IVe Convention de La Haye de 1907 dont le préambule dispose comme suit: « Animés du désir de servir encore, dans cette hypothèse extrême, les intérêts de l'humanité et les exigences toujours progressives de la cívilisation » (Traité, 1954, II, p. 307 et note 1). Voy. aussi Lauterpacht, Sir H.: The revision of the law of war, BYIL 1952, pp. 360 et suiv.

notera également que cette conception large que l'Institut s'est faite des règles humanitaires du droit de la guerre était partagée, sans réserve, par ceux de nos confrères qui se déclaraient favorables au principe d'une discrimination entre l'agresseur et la victime.<sup>1</sup>

Quant à la portée de la Résolution de Bruxelles, il est certain que si elle ne tranche pas la question de savoir si l'Organisation comme telle peut être considérée comme destinataire de tout ou partie du droit de la guerre<sup>2</sup>, il faut y voir l'expression du droit positif en vigueur et non seulement l'expression d'un vœu de lege ferenda<sup>3</sup>.

Dans ces conditions, il convient de se demander s'il est nécessaire et possible de préciser la portée de la Résolution de Bruxelles quant au sens de l'expression « obligations ayant pour but de restreindre les horreurs de la guerre et imposées aux belligérants pour des motifs humanitaires ».

Que l'on réponde affirmativement ou négativement à cette question, dans les deux cas, l'on se heurtera à des difficultés certaines. Si, pour des raisons de sécurité juridique, l'Institut décidait de désigner parmi l'ensemble des règles du droit de la guerre celles qui ont « pour but de restreindre les horreurs de la guerre et qui sont imposées aux belligérants

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Voy. notamment Wright, Q.: The outlawry of war and the law of war, AJIL 1953, 376 et Annuaire 1959, vol. 48, II, 191; Yepes, J. M., Philosophie du panaméricanisme et organisation de la paix, 1945, 46, et Annuaire 1957, vol. 47. I. DD. 481 et suiv.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> La Résolution de Bruxelles constate que les règles du droit humanitaire sont applicables aux « actions entreprises par les Nations Unies » mais ne précise pas si ces règles lient l'Organisation comme telle ou si elles lient les Etats participants.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> On relèvera, en effet, que la Résolution de Bruxelles débute par le mot « estimant » et qu'elle est rédigée au temps présent (... sont toujours en vigueur ... et s'étendent également ...).

pour des motifs humanitaires », il se heurterait, concrètement, à des difficultés insurmontables, notamment dans la matière du droit de l'occupation. En outre, un tel travail de sélection amènerait fatalement l'Institut à devoir se prononcer sur le maintien en vigueur de certaines dispositions des Conventions de La Haye qui, selon certains auteurs, doivent être considérées comme tombées en désuétude. Enfin, il est à craindre qu'en procédant à une sélection des règles humanitaires du droit de la guerre, l'Institut adopte soit des positions trop restrictives qui compromettraient les chances d'une humanisation plus poussée du droit de la guerre, soit des positions trop généreuses qui, dans la réalité, ne rencontreraient pas l'adhésion des Etats.

En revanche, il paraît difficile de laisser se perpétuer l'équivoque que révèle l'expériences des Forces des Nations Unies. Cette équivoque provient du fait que l'Organisation des Nations Unies n'a jamais consenti à reconnaître explicitement que ses Forces étaient tenues au respect de toutes les règles humanitaires du droit de la guerre mais seulement que les membres de ses Forces « sont tenus de respecter les principes et l'esprit des conventions internationales » 1.

Règlement de l'UNEF, art. 44; ONUC, art. 43; UNFICYP, art. 40.
 Sur la genèse et la portée exacte de ces textes on se rapportera spécialement aux ouvrages généraux de Bowett et de Seyersted.

On notera que la portée de ces textes n'a nullement été éclaircie par l'échange de notes intervenu, à propos des Forces de Chypre, entre le Secrétaire général de l'ONU et le Gouvernement suédois en date du 21 février 1966. Cette note dispose en effet que par l'expression « Conventions internationales générales relatives à la conduite du personnel militaire » il faut entendre: « inter alia, les Conventions de Genève (Croix-Rouge) du 12 août 1949 à laquelle votre Gouvernement est partie et la Convention de l'Unesco relative à la protection des biens culturels en cas de conflit armé, signée à La Haye le 14 mai 1954 ». Voy. le texte complet de cette note dans Seyersted, op. cit., Annexe 3, pp. 443 et suiv.

A mon avis, l'attitude que l'Organisation des Nations Unies a adoptée quant à la soumission de ses Forces aux règles humanitaires du droit de la guerre, s'explique essentiellement par les circonstances dans lesquelles la question s'est posée à elle pour la première fois. Ces circonstances sont celles du conflit de Corée qui a éclaté quelques mois après la signature des nouvelles Conventions de Genève, c'est-à-dire à un moment où ces règles, que l'on pouvait encore, à ce moment, considérer comme du droit nouveau, n'étaient pas entrées en vigueur 1. D'autre part, le conflit de Corée a donné naissance à des forces à l'égard desquelles l'Organisation comme telle n'exercait ni direction, ni contrôle effectif. On comprend, dans ces conditions, que le Commandant des Forces et l'Organisation des Nations Unies elle-même aient éprouvé des doutes. non seulement quant au contenu matériel des règles humanitaires du droit de la guerre, mais aussi quant au point de savoir si ces règles obligeaient les Etats nationaux des contingents ou l'Organisation des Nations Unies comme telle.

Parce que, dans la suite, la création des Forces des Nations Unies a toujours été une entreprise improvisée, les déclarations faites au moment du conflit de Corée sont devenues des clauses de style qui ont été insérées dans les règlements de l'UNEF et de l'ONUC, sans qu'il ait été tenu compte ni de l'adhésion quasi unanime des Etats aux Conventions de Genève, ni du fait que les nouvelles Forces de l'ONU avaient été placées sous la responsabilité, le contrôle et la direction de l'Organisation.

Compte tenu des explications qui précèdent, je pense que, tout en évitant de procéder à une énumération limitative des règles humanitaires du droit de la guerre, l'Institut devrait contribuer à dissiper l'équivoque regrettable contenue dans les

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Ces conventions sont entrées en vigueur le 21 octobre 1950.

règlements des Forces des Nations Unies en précisant la portée de la Résolution de Bruxelles par le procédé d'une énumération exemplative.

#### A cet effet, le texte suivant est proposé:

Les obligations qui ont pour but de restreindre les horreurs de la guerre et qui sont imposées aux belligérants pour des motifs humanitaires par les Conventions en vigueur, par les principes généraux du droit et par les règles du droit coutumier doivent toujours être respectées à l'occasion des opérations militaires dans lesquelles des Forces des Nations Unies peuvent se trouver engagées.

Les obligations visées à l'alinéa précédent comprennent notamment:

- celles qui concernent le choix des armes, leur mode d'utilisation et les moyens de nuire à la partie adverse;
- celles qui sont inscrites dans les Conventions de Genève du 12 août 1949;
- celles qui limitent les pouvoirs de l'occupant, sous réserve toutefois des décisions que le Conseil de Sécurité est habilité à prendre sur base du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, dans les limites précisées par les résolutions suivantes.

Dans sa première phrase, la Résolution ci-dessus reprend la substance de celle que l'Institut a adoptée au cours de sa session de 1963.

Dans sa seconde phrase, la Résolution proposée a pour objet de préciser le sens de la Résolution de Bruxelles en citant, à titre purement exemplatif, les matières du droit de la guerre qui devront nécessairement être considérées comme relevant des règles humanitaires. En dehors des règles qui ont trait au choix des armes, à leur mode d'utilisation et aux moyens de nuire à l'ennemi 1, j'ai cru pouvoir ranger dans cette catégorie les matières réglées par les Conventions de Genève de 1949,

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Voy. à ce sujet le rapport du baron von der Heydte, Annuaire 1967, vol. 52, II, pp. 58 et 91.

ainsi que le droit de l'occupation, sous réserve toutefois, pour ce dernier, des dérogations résultant des décisions du Conseil de Sécurité.

En ce qui concerne les matières réglées par les Conventions de Genève de 1949, j'estime en effet que le temps qui s'est écoulé depuis leur entrée en vigueur, les adhésions quasi unanimes dont ces conventions ont fait l'objet 1 et l'application effective qu'elles ont reçue lors des opérations des Forces des Nations Unies, sont autant de facteurs qui permettent aujour-d'hui d'y voir l'expression d'un droit coutumier 2.

En ce qui concerne le droit de l'occupation, il y a lieu de relever que la section III du Règlement annexé à la IVe Convention de La Haye du 18 octobre 1907 contient des dispositions de nature extrêmement variée qui n'ont pas toutes un caractère exclusivement ou principalement humanitaire. Si on ne peut contester le caractère essentiellement humanitaire des dispositions de ce Règlement qui prohibent le pillage, les peines collectives ou les atteintes à l'honneur et au droit de la famille, en revanche, il est difficile d'attribuer pareil caractère aux dispositions de ce Règlement qui concernent le respect de la propriété publique ou de la législation en vigueur dans le pays occupé.

Traitant de l'application de ce Règlement à l'occupation d'un territoire par les Forces des Nations Unies, plusieurs auteurs ont d'ailleurs relevé que pareille application pourrait éventuellement entraver l'Organisation des Nations Unies dans

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> En 1968, 119 Etats étaient liés par les Conventions de Genève de 1949. Rev. intern. de la Croix-Rouge, n° 596, août 1968, p. 357.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Au cours de la session de Bruxelles plusieurs membres de l'Institut ont reconnu que les Conventions de Genève étaient applicables aux opérations militaires des Nations Unies et ont proposé des textes en ce sens. Voy. Rolin, H., Annuaire 1963, vol. 50, II, p. 336; Chaumont, Ch., ibid., p. 343.

la poursuite de ses fins, voire même se retourner contre l'intérêt des populations du territoire occupé par les Forces <sup>1</sup>. C'est ainsi par exemple que l'on concevrait mal que les Forces des Nations Unies soient tenues de respecter une législation contraire aux droits de l'homme ou qu'il leur soit interdit de s'écarter, en matière de contributions ou de réquisitions, des règles édictées par les articles 48, 49, 51 et 52 du Règlement.

Dans ces conditions, deux voies étaient théoriquement ouvertes. La première consistait à admettre de plano que le régime de l'occupation militaire n'est pas conciliable avec la mission de l'Organisation des Nations Unies et cela nonobstant le fait que le Règlement annexé à la IV<sup>o</sup> Convention de La Haye contient de multiples dispositions de caractère humanitaire.

J'ai cru devoir rejeter ce système, d'une part parce qu'il aboutirait à créer un vide juridique jusqu'au jour où l'Organisation viendrait à édicter son propre droit d'occupation et, d'autre part, parce que les résolutions en projet tendent à s'appliquer dans tous les cas d'opérations militaires et non seulement dans les cas où de telles opérations constituent l'exécution de missions expressément confiées aux Forces des Nations Unies dans le cadre d'une « action » entreprise par l'Organisation.

Je relèverai au surplus que le Conseil de Sécurité dispose, si le besoin s'en fait sentir, du pouvoir d'imposer toutes mesures que requiert le rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. A condition d'être fondées sur le Chapitre VII de la Charte et de respecter les règles humanitaires du

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Voy. à ce sujet: Wright, Q.: AJIL 1953, pp. 371, 372 et 375; Jessup, Ph.: A modern law of Nations, p. 217; Baxter: Proceedings of the ASIL 1953, p. 97; Seyersted, F.: op. cit., pp. 281-282.

droit de l'occupation, ces mesures peuvent déroger au Règlement annexé à la IVe Convention de La Haye.

Pour ces diverses raisons j'ai choisi la seconde voie qui consiste à rendre le régime de l'occupatio bellica en principe applicable aux Forces des Nations Unies, sous réserve des dérogations expresses qui pourraient y être apportées par décisions spéciales du Conseil de Sécurité.

Non seulement cette solution présente l'avantage de ne pas donner naissance à des situations non réglées par le droit, mais en outre elle permettra au Conseil de Sécurité d'apprécier, dans chaque cas particulier, l'opportunité de déroger à telle ou telle prescription du droit de l'occupation, en tenant compte à la fois de la nature de la mission confiée aux Forces des Nations Unies, de la situation du territoire occupé, de l'importance des opérations militaires en cours, voire même du risque de représailles qu'une discrimination serait de nature à provoquer de la part de la partie adverse.

A mon avis, le pouvoir du Conseil de Sécurité de déroger au droit de l'occupation militaire ne peut être discrétionnaire. D'une part, il ne devrait s'exercer qu'aux dépens d'une partie adverse qui a été formellement désignée comme agresseur. D'autre part, les dérogations spéciales au droit de l'occupation ne devraient jamais porter sur les dispositions d'ordre humanitaire qui sont inscrites dans le Règlement annexé à la IV Convention de La Haye. C'est la raison pour laquelle la Résolution II se borne à énoncer le principe de ces dérogations dont les limites seront précisées par les résolutions qui traiteront de l'application des règles non humanitaires du droit de la guerre en cas de désignation formelle de l'agresseur.

Pour terminer le commentaire de la deuxième Résolution proposée, il me paraît nécessaire d'attirer l'attention sur le fait que cette Résolution, considérée en elle-même, a pour seul objet de régler la question de l'application des règles humanitaires du droit de la guerre aux « opérations militaires » des Nations Unies. Cette Résolution ne se prononce pas sur le point de savoir si ces règles obligeront l'Organisation comme telle ou les Etats participants, cette dernière question faisant l'objet du paragraphe suivant du présent rapport.

Enfin, il est à peine besoin de rappeler que l'expression « opérations militaires » ayant été entendue au sens de « guerre matérielle », la Résolution II est totalement étrangère au régime de l'occupation pacifique tel qu'il pourrait être établi conventionnellement entre l'Organisation des Nations Unies et l'Etat hôte. A cet égard, il convient cependant de relever que tout accord d'occupation pacifique des Forces des Nations Unies doit s'entendre rebus sic stantibus en ce sens que le déclenchement d'opérations militaires entre l'Etat hôte et la Force aura nécessairement pour effet de substituer le régime de l'occupatio bellica au régime d'occupation pacifique antérieurement convenu.

# § 3. Applicabilité des règles humanitaires du droit de la guerre aux Forces de l'Organisation des Nations Unies

Dans le présent paragraphe nous aborderons deux questions qui, bien qu'intimement liées, méritent néanmoins d'être distinguées.

La première peut s'énoncer dans les termes suivants : la personnalité juridique dont l'Organisation des Nations Unies est revêtue, implique-t-elle la capacité de devenir titulaire des droits et obligations d'un droit de la guerre quelconque ?

La seconde question revient à savoir si le droit de la guerre, tel qu'il a été établi à l'intention des Etats, est compatible avec la nature de l'Organisation des Nations Unies et avec la structure de ses Forces. a) Personnellement, je n'éprouve aucune hésitation à affirmer que la personnalité juridique de l'Organisation des Nations Unies implique la capacité d'être titulaire des droits et obligations dérivant d'un droit de la guerre, étant entendu que l'expression « droit de la guerre » est utilisée ici par analogie et que le recours à cette analogie n'implique, en aucune façon, que les opérations militaires des Forces des Nations Unies devraient s'analyser en une « guerre » au sens formel du terme.

Pour justifier cette position de principe on se fondera, d'une part, sur l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire concernant la « Réparation des dommages causés au service des Nations Unies » et, d'autre part, sur la considération que les règles humanitaires du droit de la guerre s'imposent au respect de toute personne de droit international qui, régulièrement ou irrégulièrement, se trouve engagée dans des hostilités assimilables à une guerre matérielle.

Dans son avis consultatif du 11 avril 1949, la Cour a très nettement rappelé la corrélation nécessaire entre les droits et les devoirs de l'Organisation en disant que l'« on doit admettre que ses membres, en lui assignant certaines fonctions, avec les devoirs et les responsabilités qui les accompagnent, l'ont revêtue de la compétence nécessaire pour lui permettre de s'acquitter effectivement de ces fonctions » 1.

Dans le même avis, la Cour a rappelé que « selon le droit international, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci » <sup>2</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Recueil CIJ 1949, p. 179.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ibid., pp. 182-183.

Dans ces conditions, dès l'instant où l'on admet que l'Organisation, comme telle, a le pouvoir d'utiliser la force, soit dans la mise en œuvre des tâches spécifiques que la Charte lui a assignées en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales, soit dans l'exercice de son droit de légitime défense, il faut nécessairement en déduire que l'Organisation comme telle a la capacité d'être le destinataire des règles de droit destinées à réglementer l'usage de la force, pour autant que ces règles soient compatibles avec les buts et les principes de l'Organisation et ne soient pas contredites par des dispositions spécifiques de la Charte. Je ne crois pas que l'on puisse reprocher à ce raisonnement d'être constitutif d'une pétition de principes. Sans doute, dira-t-on, qu'avant de parler du droit applicable à l'Organisation en matière d'opérations militaires, il convient d'apprécier si le recours à la force a été décrété par l'organe compétent de l'Organisation et mis en œuvre par des forces régulièrement instituées. A mon avis, cette objection qui est pertinente sur le plan du jus ad bellum, ne l'est pas sur le plan du jus in bello qui est le seul dont nous ayons à nous préoccuper ici.

Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que le droit de la guerre est, essentiellement, un droit destiné à modérer des situations de violence issues d'actes accomplis par des Etats en violation du droit, voire même par des insurgés ou des rebelles dont le recours aux armes est le fruit d'une usurpation des compétences étatiques. Si, dans le chef des Etats, l'existence d'une justa causa belli est sans intérêt quant à l'application des règles humanitaires du droit de la guerre, il ne saurait en être autrement dans le chef de l'Organisation internationale.

Enfin, il faut rappeler que la querelle qui a surgi à propos des Forces des Nations Unies dans l'affaire de « certaines dépenses des Nations Unies » n'a divisé les membres de la Cour que sur le point de savoir quel était l'organe qualifié de l'Organisation pour créer des Forces et non sur le point de savoir si l'Organisation comme telle avait compétence pour créer des Forces <sup>1</sup>.

b) Si l'on admet que l'Organisation des Nations Unies peut, en principe, devenir le sujet actif et passif d'un certain droit de la guerre, il reste à savoir si le droit de la guerre, tel qu'il a été élaboré à l'intention des Etats, ne contient pas un ensemble de dispositions qui ne seraient applicables que par des Etats et aux exigences desquelles une Organisation internationale telle que l'ONU serait dans l'impossibilité de satisfaire, faute de disposer de cet ensemble de moyens juridiques et matériels, qui constituent l'infrastructure politico-juridique de l'Etat souverain.

Dans la matière qui nous occupe, cette objection a été fréquemment soulevée et il a été soutenu que le droit humanitaire de la guerre édicte un ensemble d'obligations au respect desquelles ne pourraient se plier que des entités politiques souveraines possédant la plénitude des compétences législative et juridictionnelle à l'égard des personnes physiques susceptibles d'être impliquées dans des opérations militaires.

Le relevé de telles obligations a été dressé par plusieurs auteurs <sup>2</sup> et c'est à titre d'exemple seulement que nous citerons les articles 82 et suivants de la Convention de Genève relative aux prisonniers de guerre, qui prévoient l'application à ceux-ci des lois, règlements et ordres généraux en vigueur

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> On notera cependant que M. le Juge Koretsky a soutenu la thèse que « la Charte ne contient pas cette notion d'une force armée des Nations Unies » et qu'en conséquence « les forces armées mises à la disposition du Conseil de Sécurité demeureraient des forces armées des Membres de l'Organisation et ne deviendraient pas celles de l'Organisation ». CIJ Recueil 1962, p. 257.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Voy. notamment: Draper, dans Recueil Cours 1965, I, vol. 114, pp. 155 et suiv., ainsi que dans ICLR 1963, vol 12, II, pp. 408 et suiv.; Bowett, op. cit., pp. 511 et suiv.; Seyersted, op. cit., pp. 361 et suiv.

dans les forces armées de la Puissance détentrice ainsi que l'exercice, à l'égard des prisonniers, de la compétence juridictionnelle de cette même puissance. Nous rappellerons également l'article 49 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les forces armées en campagne, aux termes duquel toute Partie contractante est tenue de réprimer législativement et de déférer « à ses propres tribunaux » les infractions graves à la Convention 1. Nous relèverons que cette dernière obligation est de celles dont « aucune partie contractante ne peut s'exonérer elle-même ni exonérer une autre partie contractante ».

Selon Seyersted, semblables dispositions ne sont pas inconciliables avec la nature de l'Organisation internationale car, de la même manière que l'Organisation a pu valablement instituer une véritable autorité juridictionnelle chargée de faire justice entre elle et ses fonctionnaires <sup>2</sup>, ainsi l'Organisation doit être considérée comme possédant la capacité inhérente d'édicter les règles de droit et d'instituer les juridictions, militaires et pénales, nécessaires au respect effectif du droit humanitaire par ses Forces <sup>3</sup>. Cette question, ajoute Seyersted, restera cependant théorique aussi longtemps que les Forces des Nations Unies seront composées de contingents nationaux à l'égard desquels les Etats membres jugeront devoir se réserver l'exercice de leur compétence normative, pénale et disciplinaire.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Cet article trouve son correspondant dans l'article 50 de la Convention II (blessés, malades et naufragés des armées de mer), dans l'article 129 de la Convention III (prisonniers) et dans l'article 146 de la Convention IV (personnes civiles).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> CIJ. Avis du 13 juillet 1954. — Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité. Recueil 1954, pp. 57-58.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Seyersted, op. cit., p. 372. — Voy. aussi Bowett, op. cit., pp. 511 et suiv.; Baxter, BYIL 1952, 359.

Dans ces conditions, et sous réserve du cas d'une Force composée d'agents de l'Organisation, recrutés sur une base individuelle, la véritable question revient à savoir si, nonobstant la soumission des membres des Forces à la compétence normative et juridictionnelle de leur Etat national, l'Organisation comme telle peut être considérée comme le véritable destinataire des règles humanitaires du droit de la guerre.

La question soulevée ici n'est pas spécifique à la matière du droit humanitaire. Dans tous ses éléments, le droit de la guerre est fondé sur le postulat de la responsabilité qui est lui-même conditionné par celui du contrôle ou de la maîtrise des parties contractantes sur leurs forces armées <sup>1</sup>.

Je ne crois pas cependant que cette exigence, qui a été formulée à une époque où le droit de la guerre n'avait pas acquis le caractère d'une règle coutumière et où la possibilité pour une Organisation internationale d'user de la force était ignorée, puisse faire obstacle à ce qu'une telle organisation devienne le sujet actif et passif du droit de la guerre en raison de l'activité des Forces placées sous son contrôle.

Si l'on interprète les règles du droit de la guerre à la lumière du principe de l'effet utile, il faut voir dans les obligations de

L'article 1er de la Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre dispose que « Les Puissances contractantes donneront à leurs forces armées de terre des instructions qui seront conformes au Règlement... ». Aux termes de l'article 3 de la même Convention la Partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement « sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée ».

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> « The rules of land warfare expressed in the Convention undoubtedly represent an advance over existing law at the time of adoption... but by 1939 these rules laid down in the Conventions were recognised by all civilised nations and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war ». Jugement du Tribunal Militaire International (Nuremberg), p. 65.

légiférer et de juger qui ont été imposées aux belligérants une obligation de résultat plutôt qu'une obligation de moyens. Dans tout conflit armé de caractère international, les auteurs des Conventions ont considéré qu'il était essentiel que, dans les deux camps, puisse s'exercer une compétence normative et juridictionnelle, mais il n'en ont fixé ni la nature, ni l'origine, ni le mode d'exercice.

Que ces compétences soient exercées par l'Etat lui-même ou par une de ses parties composantes ou que, par l'effet d'un traité d'alliance ou d'intégration, elles soient transférées à une institution de type supranational, est en réalité accessoire au regard du but de la norme considérée, pour autant que l'effet de celle-ci soit sauvegardé.

En définitive, la responsabilité se situera là où sera placé le contrôle effectif, et, dans le cas des Forces des Nations Unies, il conviendra de se demander si le contrôle exercé par l'Organisation comme telle sur le bon exercice par les Etats participants des compétences qu'ils se sont réservées à l'égard de leurs contingents, est suffisamment effectif pour lui permettre de veiller efficacement au respect du droit de la guerre.

Si la doctrine reconnaît que tel n'était pas le cas pour les Forces des Nations Unies en Corée, en revanche, la majorité des auteurs opine dans un sens différent en ce qui concerne les Forces du type FUNU et ONUC.

A l'appui de cette opinion on relèvera qu'aux termes des accords conclus par l'Organisation, tant avec les Etats hôtes qu'avec les Etats participants, les membres des Forces ont été soumis à un statut réglementaire édicté unilatéralement par le Secrétaire général de l'Organisation.

Dans le cas de la FUNU<sup>1</sup>, ce règlement prévoit que « le Commandant exerce sur la Force tous les pouvoirs de

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Règlement du 20 février 1957, ST/S.G.B./UNEF/I.

commandement. Il est responsable de l'accomplissement de toutes les tâches que l'Organisation des Nations Unies assigne à la Force, ainsi que du déploiement et de l'affectation des troupes mises à la disposition de la Force » (art. 11).

L'article 13 du même règlement dispose que « Le Commandant de la FUNU a la responsabilité générale du bon ordre de la Force. La responsabilité des mesures disciplinaires incombe, dans les contingents nationaux fournis à la Force, aux commandants de ces contingents. Les rapports relatifs aux mesures disciplinaires sont communiqués au Commandant de la FUNU qui peut consulter le Commandant du contingent national et, le cas échéant, les autorités compétentes de l'Etat participant ». Enfin, l'article 31 du même règlement précise que : « Dans l'exercice de leurs fonctions au service de la Force, les membres de la Force ne reçoivent d'instructions que du Commandant et des personnes désignées par lui ».

Quant à l'ONUC elle a été définie par l'article 5, b, du Règlement de juillet 1963 comme « l'organe subsidiaire des Nations Unies créé en vertu de la résolution adoptée par le Conseil de Sécurité le 13 juillet 1960 et dont la Force des Nations Unies au Congo, fait partie intégrante ». L'article 6 du même Règlement disposait, de son côté, que : « bien qu'ils continuent de faire partie des forces armées de leur pays, les membres de la Force constituent, pendant la durée de leur service dans la Force, un personnel international placé sous l'autorité des Nations Unies et soumis aux ordres que le Commandant leur donne suivant la voie hiérarchique. Les fonctions de la Force sont exclusivement internationales et les membres de la Force doivent s'en acquitter et régler leur conduite en n'ayant en vue que les intérêts des Nations Unies ».

Au point de vue de la structure du commandement de l'ONUC tous les pouvoirs de commandement étaient exercés

par le Secrétaire général agissant sous l'autorité du Conseil de Sécurité et de l'Assemblée générale, le Commandant de la Force étant directement responsable devant le Secrétaire général (art. 11). Si, en matière pénale et disciplinaire, les membres de la Force restaient soumis à leur droit militaire et à leurs juridictions nationales, le Commandant de la Force assumait néanmoins « la responsabilité générale du bon ordre et de la discipline de la Force » et pouvait, à ce titre, « faire des recherches, mener des enquêtes et demander des renseignements, des rapports et des consultations pour s'acquitter de cette responsabilité » ¹.

Enfin, ainsi qu'il a déjà été relevé, les règlements de la FUNU et de l'ONUC disposaient tous deux que les membres des Forces « sont tenus de respecter les principes et l'esprit des conventions internationales générales relatives à la conduite du personnel militaire ».

Le bref aperçu qui vient d'être donné du statut des Forces des Nations Unies, sur base des règlements de la FUNU et de l'ONUC, n'a pas pour but d'inviter l'Institut à émettre un jugement sur le passé mais bien plutôt de mettre en relief l'exigence du contrôle effectif que l'Organisation internationale se doit d'exercer à l'égard des membres de ses Forces dans le but de veiller au respect par ceux-ci des lois et coutumes de la guerre. Un tel contrôle constitue, à mon avis, une condition de fait, préalable à la question de savoir si, aux termes des Conventions en vigueur, l'Organisation des Nations Unies comme telle peut être liée par les règles humanitaires du droit de la guerre.

C'est la raison pour laquelle je crois que l'Institut devrait d'abord s'attacher à énoncer clairement cette condition dans

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Outre les ouvrages généraux déjà cités, on consultera, sur ce point: Wyewardane, D. S.: Criminal jurisdiction over visiting forces with special reference to international forces, BYIL 1965-1966, pp. 184 et suiv.

une Résolution suffisamment souple et nuancée de manière à tenir compte des modalités que le contrôle de l'Organisation sur ses Forces peut revêtir, selon la nature de celles-ci et le contenu des accords passés avec les Etats participants.

Dans l'attente des suggestions que les membres de la Commission voudront bien m'adresser, le texte suivant est proposé:

- §. 1. Quel que soit le mode de composition de ses Forces, l'Organisation des Nations Unies doit disposer des moyens nécessaires en vue de faire respecter par celles-ci les règles humanitaires du droit de la guerre.
- §. 2. Lorsque les Forces des Nations Unies sont recrutées par engagements individuels, l'Organisation des Nations Unies est tenue d'édicter un règlement soumettant les membres de ses Forces à sa protection et à son autorité exclusives.

Ce règlement aura notamment pour objet de soumettre les membres des Forces des Nations Unies à des autorités de caractère international disposant, à leur égard, des pouvoirs normatif, exécutif et juridictionnel nécessaires en vue d'assurer le respect effectif des règles humanitaires du droit de la guerre.

§. 3. Lorsque les Forces des Nations Unies sont formées de contingents nationaux, à l'égard desquels l'organe compétent de l'Organisation n'aurait pas édicté un statut fondé sur les principes énoncés au § 2, le respect des règles humanitaires du droit de la guerre doit être prévu et garanti par le moyen d'accords conclus entre l'Organisation et les Etats participants.

Ces accords, dont il est souhaitable que l'Organisation des Nations Unies établisse le modèle, doivent prévoir, au minimum:

- a) que tout Etat participant doit être doté d'une législation militaire et disciplinaire prévoyant l'obligation, pour les membres de son contingent, de respecter les règles humanitaires du droit de la guerre;
- b) que tout Etat participant doit disposer de juridictions compétentes pour sanctionner, dans le chef des membres de son contingent, toute infraction aux règles humanitaires du droit de la guerre;
- c) que l'Organisation des Nations Unies disposera des moyens de contrôler, en tout temps et en tout lieu, le respect effectif des obligations inscrites dans ces accords et d'exiger réparation de tout manquement à ces obligations.

c) En dehors des objections de fond qui ont été rencontrées ci-dessus, l'on a fait valoir contre l'idée d'une soumission de l'ONU aux Conventions de La Haye et de Genève, diverses objections déduites de la terminologie utilisée par ces Conventions, lesquelles ont créé des droits et des obligations destinés aux « Etats » ou aux « Puissances » et dont l'extension, par voie d'adhésion ou autrement, ne serait concevable qu'à l'égard des mêmes « Etats » ou « Puissances ».

Je ne crois pas que la bonne manière de réfuter ces objections consiste à prêter *a posteriori* aux auteurs des Conventions des intentions qu'ils ne pouvaient manifestement pas avoir et, pour cette raison, j'attache peu d'importance au fait que les Conventions de Genève ont, en général, utilisé les expressions « Parties contractantes » ou « Parties au conflit », de préférence aux termes « Etats » ou « Puissances ».

A mon avis, le fait qu'une règle de droit a été élaborée à l'intention des Etats, à une époque où seuls des Etats avaient la possibilité d'exercer l'activité régie par cette règle, n'exclut pas l'extension de celle-ci aux organisations internationales. dès l'instant où la même activité est exercée par elles. L'extension analogique du droit interétatique aux activités des organisations internationales est un phénomène bien connu dont il existe de nombreux exemples en matière de conclusion de traités, de protection diplomatique et de responsabilité. Oue cette extension doive se taire mutatis mutandis, en tenant compte de la condition spéciale des organisations internationales et de la compatibilité de la norme en cause avec les finalités de ces organisations, est chose évidente. Il est clair cependant que, devant la multiplication des organisations internationales et le développement de leurs activités opérationnelles, le refus d'extension du droit interétatique aux organisations internationales aboutirait à créer un vide juridique incompatible avec les exigences minima de la sécurité iuridique. Il en est spécialement ainsi lorsque la norme en cause revêt un caractère objectif et a été inscrite dans des conventions de portée universelle auxquelles l'écoulement du temps, le nombre des adhésions et l'application effective qui en a été faite dans tous les conflits armés de caractère international ont conféré le caractère d'une norme coutumière.

Partant de l'idée que l'Organisation comme telle peut être destinataire des règles humanitaires du droit de la guerre quant aux forces placées sous son contrôle effectif et que les Conventions de Genève ont acquis le caractère de normes coutumières, j'en déduis naturellement qu'une adhésion ou acceptation formelle de ces Conventions par l'Organisation n'est pas indispensable. On sait que tous les efforts que le Comité international de la Croix-Rouge a en vue d'obtenir l'adhésion de l'ONU au texte de ces Conventions ont échoué. A la suite de cet échec, la XX<sup>e</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge, tenue à Vienne en 1965, a adopté la Résolution nº XXV qui traduit manifestement un certain embarras. En effet, alors que le préambule de cette résolution constate « qu'il est nécessaire que les Forces d'urgence des Nations Unies respectent ces Conventions et soient protégées par elles », le dispositif de la résolution s'adresse aux « gouvernements des pays qui fournissent des contingents aux Nations Unies » ainsi qu'aux « autorités responsables des contingents » 1.

Même si l'on admet, comme je crois devoir le faire, que l'ONU est personnellement tenue de plano au respect de l'entièreté des règles humanitaires du droit de la guerre inscrites dans les Conventions de Genève, on ne peut contester qu'une

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Rev. Internationale de la Croix-Rouge, novembre 1965, pp. 541-542, ainsi que Rapport soumis à la Conférence par le CICR, fév. 1965, Doc. Confér. D. 3/1.

certaine forme d'acceptation expresse de celles-ci par l'ONU serait utile en vue de dissiper l'équivoque qui est née, à ce propos, lors du conflit de Corée et dont les règlements les plus récents des Forces portent, aujourd'hui encore, la trace.

A cet effet, la Résolution suivante pourrait servir de base de discussion :

L'application des règles conventionnelles du droit humanitaire de la guerre aux opérations militaires des Forces des Nations Unies n'est pas subordonnée à une adhésion formelle de l'Organisation aux conventions générales en vigueur.

Il est néanmoins souhaitable que l'Organisation des Nations Unies exprime clairement sa volonté d'assurer le bénéfice de ces règles aux membres de ses Forces et d'en faire respecter les dispositions par celles-ci.

A cette fin, l'Organisation des Nations Unies peut, soit adhérer formellement aux Conventions en vigueur, soit constater par une résolution appropriée qu'elle se considère comme liée par elles dans toutes les opérations militaires auxquelles ses Forces pourraient être parties.

Au point de vue technique, on doit se demander si l'acceptation des Conventions de Genève par une résolution de l'Organisation produirait les mêmes effets qu'une adhésion formelle ou si elle devrait être considérée comme une « acceptation » au sens de l'article 2, al. 3, des dites Conventions 1. La différence tient au fait que, dans le système établi par l'article 2, al. 3, le respect des Conventions au bénéfice des Forces dépendrait, non seulement de l'acceptation de l'Organisation, mais également de l'application effective des Conventions par l'Organisation.

Il ne faut pas attribuer trop d'importance à ce problème. Ainsi que le relève Draper<sup>2</sup>, il y a lieu de présumer que toute

¹ Cet alinéa dispose que: « Si l'une des Puissances en conflit n'est pas partie à la présente Convention, les Puissances parties à celle-ci resteront néanmoins liées par elle dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par la Convention envers ladite Puissance, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions. »

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Draper: Recueil Cours 1965, I, vol. 114, p. 73.

Puissance qui a accepté la Convention sur base de l'article 2, al. 3, l'applique effectivement. Il est également admis que l'application effective vaut acceptation tacite.

Quoi qu'il en soit, le procédé de l'adhésion formelle présente sur celui de l'acceptation des avantages certains. D'une part, il a une vertu de généralité que ne possède pas l'acceptation au sens de l'article 2, al. 3, qui, parce qu'elle est liée à une application effective, doit s'apprécier conflit par conflit. D'autre part, si aucune des parties au conflit n'est liée par les Conventions de Genève, la technique d'acceptation prévue à l'article 2, al. 3, ne peut, en principe, pas sortir ses effets. Cette situation s'est d'ailleurs présentée au moment où s'est déclenché le conflit de Corée et il n'a pu y être porté remède que partiellement sur base d'accords ad hoc 1.

#### § 4. Problèmes de responsabilités

On sait que le problème général de l'imputabilité des actes illicites commis par les organisations internationales dotées d'une personnalité juridique internationale, distincte de celles de ses membres, a donné naissance à une doctrine particulièrement abondante et reste controversé, sinon quant à son principe, du moins quant à ses limites et à ses conditions d'engagement. Ces controverses trouvent leur origine dans les opinions divergentes que les auteurs se font de la portée des traités constitutifs d'organisations internationales et, par conséquent, de la mesure de l'opposabilité aux tiers des dispositions de ces traités qui confèrent la capacité juridique aux organisations internationales.

Je pense que cette controverse doctrinale, qui conserve tout son intérêt à l'égard des organisations régionales et à participation limitée, peut être écartée en l'espèce. Non seulement

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Seyersted: op. cit., p. 384.

l'Organisation des Nations Unies groupe, aujourd'hui, la quasi-totalité des Etats du monde, mais, alors même que sa composition n'avait pas encore atteint ce degré de quasiuniversalité, la Cour internationale de Justice a affirmé très nettement le caractère objectif et l'opposabilité aux Etats non membres de la personnalité juridique de l'ONU. Si, parmi les attributs de cette personnalité, il faut ranger la capacité d'exercer la protection fonctionnelle des agents de l'Organisation, il faut aussi y ranger celle d'assumer la responsabilité des actes illicites accomplis par ces agents dans l'exercice de leurs fonctions. L'avis de la Cour a d'ailleurs, très opportunément, évoqué cet aspect de la personnalité juridique de l'Organisation en disant: « On doit admettre que ses Membres, en lui assignant certaines fonctions, avec les devoirs et les responsabilités qui les accompagnent, l'ont revêtue de la compétence nécessaire pour lui permettre de s'acquitter effectivement de ces fonctions » 1.

Je ne crois pas non plus devoir m'attarder à réfuter l'objection qui a été parfois soulevée sur base de la théorie dite de la « substitution des débiteurs » ², théorie selon laquelle plusieurs Etats ne pourraient pas valablement substituer à une multiplicité de débiteurs originaires, la personne unique d'une organisation internationale à l'égard de laquelle les créanciers ne disposeraient pas des mêmes moyens d'action ou de contrainte.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> CIJ. Rec. 1949, p. 179.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Voy. Seidl-Hohenveldern, I.: Rechtsbeziehungen zwischen internationalen Organisationen und den einzelnen Staaten. 4 Arch. Völkerr. 153, ainsi que, du même auteur: The legal personality of international and supranational organizations. Rev. Egyptienne Droit International, vol. 21, 1965, pp. 35 à 72. Voy. aussi la critique de cette opinion par Seyersted: Objective international personality of intergovernmental institutions (1963) ainsi que le rapport présenté par le même auteur à la 48<sup>me</sup> Conférence de l'International Law Association.

Si cette objection possède un certain poids dans l'hypothèse où l'organisation recueille des pouvoirs de souveraineté qui appartenaient primitivement aux Etats membres, elle n'en possède aucun lorsque l'organisation est investie de compétences qui, en raison de leur nature même, ne pouvaient pas être exercées par les Etats. Or, au même titre que la fonction juridictionnelle internationale, la fonction qui tend à prévenir ou à réprimer les menaces contre la paix, les ruptures de la paix et les actes d'agression, ne sont pas des compétences « transférées » du plan étatique au plan supraétatique. Il y va ici de compétences nouvelles « reconnues » à l'Organisation internationale et que seule pareille organisation a vocation pour exercer.

En admettant que l'on puisse partir du principe que l'Organisation des Nations Unies possède la qualité de sujet passif au regard du droit de la responsabilité, encore convient-il de dégager de ce principe les conséquences qui en découlent, compte tenu du degré de contrôle exercé par l'Organisation sur ses Forces.

Dans l'hypothèse d'une force composée d'individus, recrutés directement par l'Organisation elle-même, celle-ci devrait, de toute évidence, être tenue pour « exclusivement » responsable des actes illicites commis par une telle Force. Inversement, l'Organisation devrait seule être qualifiée pour exiger le respect du droit de la guerre au bénéfice des membres d'une telle force.

La situation sera-t-elle différente dans le cas où la force, placée sous le contrôle de l'Organisation, serait constituée de contingents nationaux? On ne peut répondre à cette question qu'en rappelant, d'une part, que toute responsabilité est à base de contrôle et, d'autre part, que cette notion de contrôle est une notion relative qui doit être appréciée, dans chaque cas d'espèce, en fonction de son degré d'effectivité. Dans ces

conditions, lorsque les hommes ou les choses dont l'activité ou la présence sont à l'origine d'un dommage internationalement illicite sont, prima facie, susceptibles de rattachement à deux personnes juridiques distinctes, la responsabilité devra, en principe, être imputée à celle d'entre elles qui, quant à l'acte dommageable considéré, exerçait à leur égard le contrôle prépondérant ou exclusif. Cette opinion, qui peut se réclamer d'une certaine analogie avec des solutions jurisprudentielles relatives à la matière de la protection diplomatique et fonctionnelle, me semble confirmée par l'histoire des Forces des Nations Unies.

Au cours du conflit de Corée, l'absence d'un contrôle effectif de l'Organisation sur l'activité des contingents nationaux a eu, en effet, pour conséquence que certains Etats ont mis directement en cause la responsabilité du gouvernement des Etats-Unis en raison d'actes que des éléments de l'armée américaine faisant partie des Forces étaient accusés d'avoir accomplis en violation des règles du droit de la guerre. S'il est vrai que le gouvernement américain a généralement soutenu que les réclamations qui lui étaient adressées auraient dû l'être à l'Organisation des Nations Unies, il reste cependant que, dans certains cas, le gouvernement de Washington a consenti à indemniser l'Etat réclamant 1.

La situation s'est présentée de manière radicalement différente dans le cas de la FUNU et de l'ONUC.

Dans ces deux cas, les contingents nationaux ont été placés sous le contrôle effectif de l'Organisation et les règlements de ces Forces ont expressément prévu que « le Secrétaire général prend les dispositions voulues pour le règlement des réclamations relatives à la Force » <sup>2</sup>. Sur base de cette disposition

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Bowett, op. cit., p. 57; Seyersted, op. cit., pp. 110 à 112; Taubenfeld, AJIL 1951, pp. 675-676.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> FUNU, Règl., art. 15; ONUC, Règl., art. 16.

générale, des procédures de règlement ont été instituées qui ont, en général, été présentées comme autant d'applications de l'article 29 de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies du 13 février 1946.

Si cette justification semble prouver que les procédures instituées par les règlements des Forces étaient destinées à régler les « différends en matière de contrats et autres différends de droit privé dans lesquels l'Organisation serait partie » ¹, l'existence de telles dispositions est néanmoins significative. Pareille réglementation démontre en effet que, dans l'opinion commune de l'Organisation des Nations Unies, des Etats participants et des Etats hôtes, un contrôle effectif, mais non exclusif, de l'Organisation sur l'activité des contingents nationaux, pouvait et devait justifier une responsabilité exclusive de l'Organisation, à l'occasion des actes illicites accomplis par des membres des Forces ².

¹ Article VIII, section 29, de la Convention sur les Privilèges et Immunités des Nations Unies. — L'article 10 b, de l'accord conclu le 27 novembre 1961 entre l'ONU et la République du Congo, dispose que: « Dans le cas de dommages pouvant donner lieu à une action civile et réputés avoir été causés à un citoyen ou à un résident du Congo par un acte imputable à un membre de la Force ou à un fonctionnaire de l'ONU dans l'accomplissement de ses fonctions officielles, l'Organisation des Nations Unies règlera le différend par voie de négociation ou par tout autre moyen convenu entre les parties; s'il n'est pas possible d'obtenir un règlement par cette manière, le différend sera soumis à l'arbitrage à la demande de l'une ou l'autre partie ».

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> On observera que les difficultés de financement des Forces des Nations Unies n'ont pas permis d'instaurer un système semblable pour la Force établie à Chypre. L'article 16 du Règlement de l'UNFICYP se borne à disposer que le Secrétaire général prend les dispositions voulues pour le règlement des réclamations relatives à la Force « dans les limites des contributions volontaires disponibles » et seulement en ce qui concerne les réclamations « qui ne sont pas réglées par les gouvernements participants ou par le gouvernement de Chypre ».

Si, dans le cas de la FUNU, le système des commissions de réclamations semble avoir fonctionné de manière satisfaisante, il en a été différemment dans le cas de l'ONUC lorsque, à la suite des opérations militaires déclenchées au Katanga, des dommages importants ont été causés aux personnes et aux biens et que, du côté des victimes ou de leurs gouvernements nationaux, il a été soutenu que les Forces des Nations Unies avaient violé les lois et coutumes de la guerre. Dès cet instant, il est apparu qu'un système de commissions de réclamations et d'arbitrage, fondé sur un accord entre l'ONU et le seul Etat hôte, pouvait difficilement convenir au règlement d'un litige opposant l'ONU et un Etat tiers sur base du droit international. Au surplus, la situation anarchique qui régnait au Congo n'a pas permis à ces commissions de fonctionner de manière effective <sup>1</sup>.

L'ONU, qui avait reconnu le principe de sa responsabilité en matière de litiges de droit privé, allait-elle adopter une attitude différente devant des réclamations fondées sur la violation prétendue du droit de la guerre? Semblable attitude eut été illogique et nous croyons qu'un examen attentif du comportement de l'ONU démontre, au contraire, que si l'Organisation s'est toujours montrée très circonspecte en la matière, elle n'a pas contesté qu'elle était personnellement responsable des dommages illicites provoqués par ses Forces en violation des lois de la guerre.

A l'appui de cette affirmation, nous croyons pouvoir invoquer, d'une part, les suites qui ont été données aux démarches du Comité international de la Croix-Rouge au lendemain de la mort tragique de son délégué, M. Olivet, et de ses deux compagnons, et, d'autre part, le règlement final intervenu entre

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Voy. à ce sujet: Salmon, J.: L'accord ONU-Congo du 27 novembre 1961, RGDIP 1964, I.

l'ONU et la Belgique en vue de réparer les dommages causés à de nombreux ressortissants belges par les Forces des Nations Unies.

Dans le premier cas, une commission d'enquête ad hoc fut établie, de commun accord, entre l'ONU et le CICR. Bien que cette commission ne parvint pas à faire toute la lumière sur les circonstances du décès de M. Olivet, l'Organisation, « sans reconnaître une responsabilité juridique ou financière à l'égard de ce tragique événement », consentit à remettre au CICR une somme forfaitaire que le Comité décida d'affecter intégralement à l'indemnisation des familles des victimes 1.

De cette affaire on ne peut guère tirer que des conclusions négatives en relevant que l'ONU n'a jamais tenté de rejeter sur les Etats participants la responsabilité des actes accomplis par leurs contingents en violation des lois de la guerre. Pour le surplus, le règlement intervenu entre l'ONU et le CICR est du type des règlements ex gratia.

Plus instructif est le résultat final des négociations engagées entre l'ONU et l'Etat belge en vue de l'indemnisation des dommages causés à de nombreux ressortissants belges par

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Les documents principaux qui ont trait à l'affaire Olivet ont été publiés en Belgique par le journal « Liberté » du 22 décembre 1962. Parmi ces documents figure la lettre adressée le 23 octobre 1962 par M. L. Boissier, Président du CICR à M. A. Vroonen, époux d'une des victimes. Cette lettre contient notamment les deux alinéas suivants:

<sup>\*</sup> Nous désirons d'autre part porter à votre connaissance que les Nations-Unies, sans reconnaître une responsabilité juridique ou financière à l'égard de ce tragique événement, ont décidé de remettre au CICR une somme forfaitaire pour les torts subis par la Croix-Rouge, somme que le CICR répartira intégralement entre les familles des victimes.

Dans votre cas, nous pourrions probablement disposer d'une somme de 75 000 F. S. dont les modalités de répartition entre votre fille et vous-même resteraient à déterminer. Nous vous proposons en conséquence de vous verser ce montant selon les indications de règlement que vous voudrez bien nous faire connaître.

les Forces des Nations Unies au Congo. Après un premier échange de notes, dans lesquelles M. Spaak, ministre belge des Affaires étrangères, et U Thant, Secrétaire général de l'Organisation, se bornèrent à se rejeter mutuellement la responsabilité des incidents dénoncés par la Belgique, le moment vint où, revenues à plus de sérénité, les deux parties s'efforcèrent loyalement d'aboutir à un accord raisonnable. C'est ainsi que. dans sa lettre datée du 5 juillet 1962, le Secrétaire général des Nations Unies exprime son souhait de voir traitées « équitablement et promptement » les réclamations des victimes « d'actes préjudiciables commis par des membres du personnel de l'ONUC et ne résultant pas d'une nécessité militaire ». C'est dans cette même lettre que le Secrétaire général, tout en relevant que les troupes de l'ONU avaient essuvé le feu de tireurs embusqués, déclarait que « l'Organisation ne saurait se soustraire et ne se soustraira pas à sa responsabilité morale s'il est établi que des agents de l'ONU ont effectivement fait subir un préjudice injustifiable à des innocents » 1.

Dans la suite, l'expression « responsabilité morale » cédera la place à l'expression « responsabilité » et, enfin, lorsque l'URSS estima devoir protester contre l'indemnisation des victimes belges, le Secrétaire général de l'ONU affirma très nettement que : « l'Organisation des Nations Unies, représentée par son Secrétaire général, a toujours eu pour politique d'in-

¹ Cité dans le rapport de M. Dehousse au Sénat de Belgique, 31 janv. 1963, Doc. parl. Sénat (session 1962-1963), nº 87 — ainsi que Doc. Parl. Chambre (1964-1965), nº 1009, nº 2, Annexe 3. — On consultera à ce sujet: notre étude intitulée « Observations sur le fondement et la mise en œuvre du principe de la responsabilité de l'ONU » publiée dans Rev. droit international et de droit comparé 1963, nº 3, pp. 165 et suiv., et dans Ann. Dr. et Sc. pol. 1963, III, pp. 133 et suiv. — L'étude complète des négociations entre la Belgique et l'ONU a été faite par Salmon, J.: Les Accords Spaak-U Thant du 20 février 1965, AFDI 1965, pp. 468 et suiv.

demniser les victimes de dommages engageant la responsabilité juridique de l'Organisation » 1.

Finalement, les négociations entre l'ONU et la Belgique ont trouvé leur aboutissement dans la conclusion, à la date du 20 février 1965, de deux accords portant, l'un sur le règlement des comptes relatifs à l'administration par les Nations Unies des anciennes bases militaires belges au Congo, et l'autre sur le règlement des réclamations introduites par des ressortissants belges ayant subi des dommages consécutifs aux opérations de la Force des Nations Unies au Congo.

En vertu de ce dernier accord il a été convenu que « le Secrétaire général versera au Gouvernement belge la somme de un million cinq cent mille dollars des Etats-Unis en règlement forfaitaire et définitif de toutes les réclamations provenant des causes mentionnées au premier paragraphe de la présente lettre ». Etaient exclus de l'indemnisation, les dommages causés par des tiers (gendarmes katangais, rebelles...) ainsi que les dommages résultant d'une « nécessité militaire », par quoi nous pensons qu'il faut entendre les dommages qu'un belligérant est en droit de causer à la partie adverse en vertu des lois et coutumes de la guerre.

L'excellente étude consacrée aux accords Spaak-U Thant, par notre confrère, M. Salmon<sup>2</sup>, me dispense d'entrer dans le commentaire détaillé de leur portée et de leur exécution sur le plan interne belge.

Ce qui mérite d'être relevé, c'est que, même lorsque l'identité du contingent qui avait causé le dommage était clairement établie, ni la Belgique ni l'ONU n'ont songé à mettre en cause la responsabilité de l'Etat national de ce

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Lettre du 6 août 1965, ONU, Doc. S/6597.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Salmon, J., Les accords Spaak-U Thant du 20 février 1965, AFDI 1965, pp. 468 et suiv. avec, en annexe, le texte des accords.

contingent. On observera également que le règlement de cette affaire s'est fait par la mise en œuvre de la prérogative de protection diplomatique par un Etat membre de l'Organisation à l'égard de celle-ci. Enfin, le règlement s'est réalisé, quant au fond, sur base des principes généraux du droit de la responsabilité et, quant à la procédure, selon la technique, aujourd'hui courante, de l'octroi d'une somme forfaitaire fixée de commun accord par les parties <sup>1</sup>.

Telles étant les constatations qui se dégagent de l'examen de la pratique, il appartiendra à l'Institut de dire si le comportement de l'Organisation, face au problème de la responsabilité des actes illicites commis par des contingents nationaux placés sous cette forme de contrôle effectif qu'impliquent les résolutions proposées plus haut, s'inscrit dans une interprétation logique de la personnalité de l'ONU et de ses finalités.

A mon avis, l'Institut devrait répondre affirmativement à cette question en s'inspirant tant des termes du Préambule de la Charte que des buts de l'Organisation, interprétés à la lumière du principe dit de l'effet utile.

Il résulte du préambule de la Chartre que le maintien de la paix et de la sécurité internationales a été conçu comme une fonction de l'Organisation et ce n'est pas parce que, dans l'exercice d'une fonction qui lui est propre, l'Organisation recourt à la collaboration de ses Membres ou de certains d'entre eux, que cette fonction se dénaturerait en de multiples activités étatiques parallèles ou coordonnées. Telle nous paraît être la portée de cette disposition du Préambule dans

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> L'accord Belgique-ONU a inspiré les rédacteurs de l'accord Grèce-ONU du 20 juin 1966. — Voy. le texte de cet accord dans Rev. hell. de dr. intern. 1968-282. Des accords semblables ont été conclus avec la Suisse (3 juin 1966), le Luxembourg (28 déc. 1966) et l'Italie (18 janv. 1967). — Voy. à ce sujet: P. de La Pradelle — Ann. Dr. Intern. Médical, déc. 1968.

laquelle les Etats se déclarent résolus « à accepter des principes et à instituer des mécanismes garantissant qu'il ne sera pas fait usage de la force des armes, sauf dans l'intérêt commun ». Comment pourrait-on concevoir une garantie quelconque d'un usage de la force dans l'intérêt commun si la force mise en œuvre n'était pas placée sous le contrôle le plus étroit par rapport à l'Organisation?

C'est à une conclusion semblable que conduit le recours au principe d'interprétation dit de l'effet utile. Si la responsabilité est à base de contrôle, elle est aussi une garantie en faveur de l'effectivité du contrôle. Dès lors, si l'on admet que la Charte a voulu que l'usage collectif de la force en vue du maintien de la paix soit placé sous le contrôle de l'Organisation, il faut nécessairement en déduire que l'Organisation comme telle doit assumer la responsabilité de cet usage. Il est clair, en effet que si la responsabilité des actes illicites commis par les Forces des Nations Unies devait être mise à charge des Etats participants, ceux-ci seraient naturellement enclins, soit à refuser toute participation aux opérations de maintien de la paix, soit à exiger la maîtrise complète de leurs contingents sur le plan tactique et stratégique. Décidées à des fins d'intérêt commun, les opérations des Forces des Nations Unies dégénéreraient ainsi en une multiplicité d'interventions armées, génératrices d'un état d'anarchie radicalement inconciliable avec les buts et les principes de l'Organisation 1.

On ajoutera enfin que la bonne fin d'une opération militaire des Nations Unies et la sécurité juridique réclament que l'ensemble des actes et des faits constitutifs d'une telle opération soient soumis à un seul et même régime de responsabilité. On imagine aisément les difficultés qui surgiraient, entre

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Voy. notre étude dans Rev. de droit international et de droit comparé (Bruxelles), p. 168.

Etats participants ainsi qu'entre ceux-ci et les victimes des dommages, tant au point de vue du droit matériel applicable qu'au point de vue de la preuve et de la procédure de règlement, si, dans une même opération militaire des Nations Unies, chaque Etat participant devait être tenu pour responsable des dommages causés par son propre contingent.

Pour ces diverses raisons, je crois que l'on doit rejeter, non seulement l'idée de la responsabilité exclusive des divers Etats participants, mais également celle d'une responsabilité collective de l'Organisation et de chaque Etat participant. Ce dernier système, que consacre le Traité du 27 janvier 1967 « sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes » ¹, conduirait en effet aux mêmes conséquences que celui qui serait fondé sur le principe de la responsabilité exclusive des Etats participants.

En admettant qu'à l'égard des tiers, l'Organisation des Nations Unies peut, en raison du caractère objectif de sa personnalité juridique, se présenter comme seule responsable des dommages illicites causés par les Forces placées sous son contrôle effectif; en admettant, d'autre part, que ce système répond le mieux à l'idée du contrôle nécessaire que l'Organisation doit exercer à l'égard de tout usage collectif de la Force au service de la paix et de la sécurité internationales, on pour-

¹ La dernière phrase de l'article VI de ce traité dispose que: « En cas d'activités poursuivies par une organisation internationale dans l'espace extra-atmosphérique, y compris la lune et les autres corps célestes, la responsabilité du respect des dispositions du présent traité incombera à cette organisation internationale et aux Etats parties au Traité qui font partie de ladite organisation. » Sur le caractère de cette responsabilité, voy.: Bin-Cheng: Le traité de 1967 sur l'espace, Journ. Dr. int. pr. (Cl.) 1968, n° 3, pp. 633 et suiv.; Dutheil de la Rochère: La Convention sur l'internationalisation de l'espace, AFDI 1967, pp. 607 et suiv.

rait toutefois se demander si pareil système ne devrait pas être complété, dans les rapports entre l'ONU et les Etats participants, par un régime d'actions récursoires. De telles actions récursoires pourraient en effet se concevoir au profit de l'Organisation ou au profit des Etats participants selon que la cause directe de l'acte illicite résiderait dans un acte irrégulier de l'organe international chargé de la direction de la Force 1 ou d'un acte irrégulier d'un contingent national.

Si, de lege ferenda, il paraît certain que le développement des activités opérationnelles des organisations internationales appelle, spécialement lorsque ces activités impliquent une certaine participation d'Etats Membres, le développement parallèle d'un droit interne de ces organisations en vue d'assurer un contrôle de l'excès de pouvoir commis tant par l'Organisation que par les Etats membres<sup>2</sup>, il est cependant permis de penser que ce problème dépasse, par son ampleur, la tâche qui a été confiée à la Première Commission.

En attendant les observations qui me seront adressées par les membres de la Première Commission, je suggère l'adoption d'une Résolution qui se bornerait, d'une part, à reconnaître à l'ONU la qualité de sujet actif et passif de la responsabilité internationale quant aux opérations militaires de ses Forces, et, d'autre part, à souhaiter que les différends susceptibles

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> On peut imaginer qu'à la suite d'instructions du Commandant en chef, jugées contraires au droit de la guerre par la partie adverse, celle-ci ait exercé des représailles à l'égard d'un contingent national ou encore que les membres d'un contingent n'aient pas obtenu la protection qu'ils auraient dû se voir accorder par le Commandement aux termes du Règlement des Forces.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Voy. à ce sujet les Résolutions adoptées par l'Institut en 1957 (Session d'Amsterdam), Annuaire 1957, vol. 47, II, à la suite du rapport consacré par M. Wengler au problème du «recours judiciaire à instituer contre les décisions d'organes internationaux», Annuaire 1952, vol. 44, I, pp. 224 et suiv.

d'opposer en cette matière l'Organisation et les Etats soient réglés de manière pacifique et sur base du droit.

Il est proposé de rédiger cette Résolution comme suit :

L'Organisation des Nations Unies a seule qualité pour exiger le respect des règles humanitaires du droit de la guerre au bénéfice de ses Forces et pour réclamer réparation des dommages illicites causés à ses Forces en violation de ces règles.

L'Organisation des Nations Unies est tenue d'assumer la responsabilité du respect des règles humanitaires par ses Forces et de réparer les dommages illicites causés par celles-ci en violation de ces règles.

Les litiges juridiques susceptibles d'opposer l'Organisation des Nations Unies et les Etats au sujet de l'interprétation et de l'application des règles de droit applicables aux Forces des Nations Unies doivent être réglés par des méthodes pacifiques et sur base du respect du droit.

Dans la mesure où les litiges visés par ce dernier alinéa concerneraient la réparation de dommages causés à des ressortissants des Etats membres, il pourrait paraître souhaitable de subordonner la mise en œuvre des procédures internationales de règlement à l'épuisement préalable, par les victimes, de recours institués par les règlements des Forces des Nations Unies <sup>1</sup>. Semblables recours qui étaient prévus par les règlements de la FUNU et de l'ONUC ne peuvent cependant constituer une condition de recevabilité de l'exercice de la protection diplomatique par l'Etat national de la victime, que si le règlement qui les institue a été accepté par cet Etat ou s'il a été imposé par l'effet d'une décision obligatoire de l'Organisation, cette dernière hypothèse ne pouvant se concevoir que dans les relations entre l'Organisation et les Etats membres.

Si l'Institut devait juger opportun de consacrer une Résolution spéciale à ces types de règlement, le texte suivant pourrait être proposé:

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup>En matière de droit privé, l'institution de tels recours a été expressément prévue par l'art. VIII, section 29, de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, du 13 février 1946.

Il est souhaitable que les règlements des Forces des Nations Unies établissent des organes impartiaux et indépendants chargés de statuer sur les réclamations formées par les victimes des dommages illicites causés par les Forces des Nations Unies.

Dans la mesure où la compétence de ces organes a été imposée au respect des Etats membres par l'Organisation des Nations Unies ou a été acceptée par l'Etat national de la victime, l'épuisement préalable des recours ainsi institués ou convenus, constituera une condition de recevabilité de toute réclamation internationale ayant le même objet et fondée sur la même cause.

Le texte proposé a été rédigé en termes larges de manière à pouvoir couvrir, non seulement les réclamations fondées sur la violation du droit de la guerre, mais également celles qui seraient fondées sur le droit commun. L'éventualité de ces dernières réclamations soulève le problème délicat du droit matériel applicable aux Forces des Nations Unies (droit de l'Etat-hôte ou droit spécifique aux Forces des Nations Unies...). Ce problème me paraît également dépasser par son ampleur, la mission confiée à la Première Commission 1.

## § 5. Moyens destinés à assurer une meilleure application des règles humanitaires du droit de la guerre à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies

Partant de l'idée que le rôle de l'Institut ne doit pas se limiter à analyser, au regard du droit en vigueur, la situation des Forces des Nations Unies, mais également à suggérer les normes qui pourraient utilement contribuer à assurer un respect plus effectif des règles humanitaires du droit de la guerre à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies, nous

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Voy. à ce sujet: Jenks, W.: The proper law of International Organisations, London-Stevens, 1962; Eagleton, C.: International Organization and the law of responsibility, *Recueil Cours* 1950, vol. 76, pp. 323 et suiv.

croyons devoir attirer l'attention sur les problèmes suivants qui ont trait à la formation des contingents nationaux, au statut de la puissance protectrice et à la coordination des services sanitaires.

#### a) Préparation et Formation des Contingents nationaux

La création d'une Force des Nations Unies est en général une tâche improvisée. Dans la plupart des cas, les Etats membres qui sont invités à participer à la constitution de la Force et qui sont disposés à répondre à cette invitation, ne disposent pas d'unités préparées à exercer, dans un véritable esprit international, les missions extrêmement variées et souvent délicates auxquelles les Forces devront faire face 1. Cette situation n'est pas seulement de nature à compromettre l'efficacité des Forces des Nations Unies; elle est également de nature à compromettre le respect effectif des règles humanitaires du droit de la guerre.

Cette constatation a déterminé certains auteurs à préconiser la création, soit d'une Force internationale permanente <sup>2</sup> soit d'unités spéciales tenues en réserve par les Etats membres à l'intention des Nations Unies <sup>3</sup>. Je ne crois pas que l'Institut

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Evensen, J.: Problems of international law relating to the establishment of UN Security Forces, Oslo (s.d.), pp. 30-31.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Sohn: Rapport à la 48<sup>me</sup> Conférence de l'ILA (New-York), 1958, pp. 507 et suiv.; Dunbar: Legal questions involved in the creation of a permanent United Nations Force, International Law Conference 1958; Breitner-Hutchinson and Weber: United Nations Force 1957.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Certains Etats ont constitué des unités militaires spécialement formées en vue du service des Nations Unies. Voy. pour le Danemark, la Norvège et la Suède: Freydenberg and others, Oslo papers 1964, Annexe I, pp. 313 et suiv. En Autriche, une unité de ce type a été créée par une loi du 14 juillet 1965. — Voy. également: Hambro, E.: Peace-keeping operations during the twenty first session of the General Assembly. The Indian *Journal of Internat*. Law, déc. 1967, pp. 477-478.

doit se prononcer à cet égard. Outre que ce problème est essentiellement politique <sup>1</sup> il soulève un ensemble de questions techniques, touchant notamment à la structure du commandement, que l'Institut n'est guère qualifié pour aborder.

Quel que soit le mode de composition des Forces des Nations Unies, il reste cependant que la connaissance des règles humanitaires du droit de la guerre par les militaires susceptibles de faire partie de telles Forces, constitue une garantie précieuse du respect de ces règles. Aux termes des Conventions de Genève, les Etats ont assumé l'obligation d'en diffuser le texte et d'en incorporer l'étude dans les programmes d'instruction militaire et la XX<sup>me</sup> Conférence internationale de la Croix-Rouge a rappelé cette obligation à l'attention tant des Forces des Nations Unies que des Etats 3.

L'Institut pourrait utilement appuyer les efforts déployés dans ce domaine par la Croix-Rouge en adoptant la Résolution suivante:

L'application effective des règles humanitaires du droit de la guerre par les Forces des Nations Unies exige que les individus susceptibles de faire partie de telles Forces aient reçu, au préalable, un enseignement adéquat portant sur l'ensemble de ces règles et, plus particulièrement sur le sens et la portée des Conventions de Genève du 12 août 1949.

Il est souhaitable que l'Organisation des Nations Unies, ainsi que ses institutions spécialisées qui sont vouées au progrès de l'éducation et de la santé, prennent toutes mesures en leurs pouvoirs en vue de coordonner celles que les Etats parties aux Conventions de Genève se sont engagés à prendre en cette matière.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Jaenicke: Rapport à la 49<sup>me</sup> Conférence de l'ILA (Hambourg), pp. 107-108.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Cette obligation est inscrite dans les quatre Conventions de Genève, respectivement dans les articles 47, 48, 127 et 144.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Résolutions XXI et XXV (2) — Rev. Intern. Croix-Rouge, nov. 1965, no 563, pp. 538 et 541.

Il est également souhaitable que les mêmes Organisations internationales accordent leur appui aux institutions nationales et internationales vouées à la diffusion et au progrès du droit humanitaire.

### b) Le problème du Substitut de la Puissance protectrice

Encore qu'en droit strict on puisse concevoir qu'un Etat assume, à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies, le rôle dévolu à la Puissance protectrice par les Conventions de Genève, en fait, la qualité d'autorité internationale que possède l'ONU répugne à ce que celle-ci se soumette à la protection ou à la surveillance d'un Etat, membre ou non de l'Organisation.

L'absence d'une puissance protectrice, dans les opérations militaires des Nations Unies, présente un double danger. D'une part, elle risque de limiter, en fait, la protection que les membres des Forces peuvent légitimement espérer en vertu des Conventions de Genève et, par là, d'inciter les Etats membres à ne pas contribuer à la constitution des Forces. D'autre part, elle nuit à la réputation de l'Organisation, en accréditant l'idée que celle-ci se refuse à toute forme de surveillance et de contrôle dans la matière du respect des règles humanitaires du droit de la guerre.

On sait que les Conventions de Genève ont expressément prévu un substitut à la puissance protectrice, sous la forme d'un « organisme international présentant toutes garanties d'impartialité et d'efficacité » <sup>1</sup>. On sait également qu'en l'absence d'un tel substitut, les organismes humanitaires, tel le Comité international de la Croix-Rouge, doivent être sollicités,

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Art. 10 des Conventions de Genève (art. 11 de la Convention sur les personnes civiles).

mais uniquement en vue d'assumer les seules tâches humanitaires de la Puissance protectrice 1.

Au cours de la Conférence diplomatique de 1949, la délégation française avait suggéré de compléter le texte des Conventions de manière à préciser le statut du substitut de la Puissance protectrice. Cette proposition n'a malheureusement pas été retenue et c'est à juste titre, me semble-t-il, que notre Confrère M. Paul de la Pradelle a dénoncé cette lacune <sup>2</sup>. Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans tous les détails que l'amendement français avait voulu régler, l'Institut pourrait utilement en reprendre l'idée. Celle-ci consistait dans la création d'un Haut Comité international doté de moyens d'action efficaces et composé de personnalités impartiales, nommées par l'Assemblée générale sur une liste de candidats présentés par les gouvernements signataires des Conventions et par des organismes tels que la Cour permanente d'arbitrage <sup>3</sup>.

Si l'Institut pouvait retenir cette suggestion, le texte suivant pourrait lui être proposé:

En vue de garantir le respect effectif des règles humanitaires du droit de la guerre à l'occasion des opérations militaires des Nations

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Cette limitation est pleinement justifiée par le souci de sauvegarder la réputation d'impartialité que le CICR s'est acquise. Ainsi que l'écrit M. L. Boissier, il faut que l'on sache que «les hommes venus de Genève ne viennent pas juger et condamner, mais sauver ceux qui peuvent l'être».

— Les silences du Comité international de la Croix-Rouge, Rev. intern. Croix-Rouge, avril 1968, n° 592, p. 158.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> de Geouffre de La Pradelle, P.: Le contrôle de l'application des conventions humanitaires en cas de conflit armé, AFDI 1956, pp. 343 et suiv.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Cette proposition me paraît plus indiquée que celle qui vise à imposer la présence, au sein de chaque contingent, d'un contrôleur national du type connu en Suède sous le nom de « militieombudsman ». Voy. à ce sujet: Bothe, M.: Le droit de la guerre et les Nations Unies, Genève, 1967, p. 226.

Unies, il est souhaitable que l'Organisation des Nations Unies institue un organisme international permanent et impartial capable d'assumer rapidement les tâches dévolues à la Puissance Protectrice par les Conventions de Genève du 12 août 1949.

Les membres de cet organisme pourraient être désignés par l'Assemblée générale des Nations Unies, sur présentation d'organisations telles que la Cour internationale de Justice, la Cour permanente d'arbitrage et le Comité international de la Croix-Rouge.

L'organisme visé par la présente résolution ainsi que ses membres devraient bénéficier des privilèges, immunités et facilités nécessaires au bon exercice de leurs attributions.

#### c) Le problème des services sanitaires des Forces des Nations Unies

A la suite des opérations de l'ONUC, plusieurs organisations se sont émues devant la carence des services sanitaires des Forces des Nations Unies et devant le manque de coordination entre les services sanitaires des contingents nationaux <sup>1</sup>. Les questions qui ont trait à l'importance numérique des unités médicales, à la standardisation des matériels sanitaires et médicaux, à l'acheminement des produits médicaux et pharmaceutiques, à l'entraide entre hôpitaux et services sanitaires

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Déjà, en 1947, le Général-Médecin Voncken, Secrétaire général du Comité international de Médecine et de Pharmacie militaires, avait suggéré au Secrétaire général de l'OMS la création d'un service de santé au sein de la force de police des Nations Unies. Au lendemain des événements du Congo, le Directeur des Services de santé de l'armée norvégienne a établi un rapport détaillé sur les services sanitaires des Forces des Nations Unies. — Voy. Rev. internat. des Services de santé des armées, suppl. au n° 5 de mai 1963. — On signalera également les travaux consacrés à cette question par l'Office international de documentation de médecine militaire, ainsi que l'étude de MM. Guérisse, Jacquemin et Kellens: Les Forces armées des Nations Unies face à leur mission sanitaire et humanitaire (Commission médico-juridique de Monaco), Annales de dr. intern. médical, 1964, n° 11.

ainsi qu'à l'harmonisation des procédures administratives, sont de celles qui appellent une attention particulière au sein d'une Force composée de contingents nationaux différents dont la coopération est généralement le résultat d'événements imprévus.

Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans les détails techniques de l'organisation idéale des services sanitaires des Forces des Nations Unies, l'Institut se doit, à mon avis, de mettre en lumière le lien qui existe entre le respect effectif des règles humanitaires du droit de la guerre et l'existence, au sein des Forces des Nations Unies, de services sanitaires efficaces.

Le projet de Résolution suivant répond à cette préoccupation :

En vue d'assurer le respect effectif des règles humanitaires du droit de la guerre à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies, il est nécessaire que l'Organisation des Nations Unies veille à la présence, au sein de ses Forces, de services sanitaires composés d'un personnel compétent suffisamment nombreux et dotés de moyens d'action proportionnés aux besoins prévisibles de telles opérations.

Lorsque la direction de ces services est confiée aux Etats participants, il appartient à l'Organisation de prendre toutes mesures en son pouvoir en vue de coordonner leurs activités.

#### CHAPITRE III

## L'APPLICATION AUX OPÉRATIONS MILITAIRES DES NATIONS UNIES DES RÈGLES DU DROIT DE LA GUERRE QUI NE REVÊTENT PAS UN CARACTÈRE HUMANITAIRE

#### Introduction

L'Institut ayant fondé ses Résolutions de Bruxelles sur la distinction entre les règles humanitaires du droit de la guerre et les autres règles de ce droit, je ne crois pas nécessaire de revenir sur les discussions qui ont trait au caractère relatif de cette distinction. Je me bornerai à observer que si l'Institut pouvait se rallier à la proposition faite plus haut quant à une définition du droit humanitaire, le grief d'imprécision qui a généralement été adressé à cette distinction perdrait une large part de sa pertinence. Au surplus, je crois que si, revenant sur la décision qu'il a prise à Bruxelles, l'Institut devait considérer qu'il n'est pas possible d'établir une distinction satisfaisante entre les règles humanitaires et les règles non humanitaires du droit de la guerre, il devrait nécessairement abandonner toute idée quelconque de discrimination puisque, aussi bien, tous les membres de l'Institut se sont prononcés contre la discrimination dans l'application des règles humanitaires du droit de la guerre. En définitive, mieux vaut accepter la relative insécurité qui découle d'une distinction sommaire entre règles humanitaires et règles non humanitaires que d'accepter le risque de voir l'Institut donner sa caution à des pratiques discriminatoires qui, faute d'une telle distinction,

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Chap. II, § 2 et Résolution nº II.

pourraient s'étendre aux règles que nous avons classées dans la catégorie du droit humanitaire.

Les membres de la Commission auront observé que nous avons suggéré une définition large des règles humanitaires du droit de la guerre. Cette définition, qui est celle que l'Institut avait acceptée au cours de sa session de Bruxelles, a été complétée par l'énoncé d'exemples, non limitatifs, de matières et de conventions rentrant dans la catégorie du droit humanitaire. Si cette définition pouvait être retenue, il serait superflu de consacrer une Résolution spéciale à la définition du contenu matériel des règles non humanitaires du droit de la guerre, ces règles comprenant toutes celles qui n'ont pas été retenues dans la catégorie des règles humanitaires.

Au cours des discussions que l'Institut a consacrées à la discrimination dans l'application des règles non humanitaires du droit de la guerre, il est apparu que toute étude approfondie de cette question devrait nécessairement tenir compte d'une double distinction. La première a trait à la situation respective des Etats membres de l'ONU et des Etats non membres. La seconde envisage le problème de la discrimination différemment selon que l'organe compétent de l'Organisation a ou non « constaté qu'un des belligérants a recouru à la force armée en violation des règles du droit des gens consacrées par la Charte des Nations Unies » 1. Pour la clarté de l'exposé, nous retiendrons essentiellement la première de ces distinctions en nous réservant, dans les sections consacrées respectivement au cas des Etats membres et des Etats non membres, de distinguer selon qu'il y a eu ou non désignation de l'agresseur ou toute autre mesure équipollente de la part de l'organe compétent de l'Organisation.

Toutefois, avant d'aborder l'examen du problème de la dis-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Extrait de la seconde Résolution adoptée par l'Institut le 11 sept.1963.

crimination, à la lumière du droit de la Charte, il me paraît indispensable d'en traiter très brièvement sur le plan du droit commun. Tel sera l'objet de la Section I du présent Chapitre.

## Section I

## Le problème de la discrimination envisagé sous l'angle du droit commun

Nul n'ignore comment le principe de la non-discrimination dans l'application du droit de la guerre, qui avait été considéré comme le pilier du régime fondé par les Conférences de la Paix de 1899 et de 1907<sup>1</sup>, s'est trouvé ébranlé à la suite de l'entrée en vigueur du Pacte de Paris ou Pacte Briand-Kellogg du 27 août 1928. Prenant acte de cette mise de la guerre hors la loi, certains auteurs ont cru pouvoir enseigner que, sous réserve du cas de la légitime défense, la guerre au sens matériel du terme ne pouvait plus être qu'un crime ou une mesure de police internationale et que, dans ces conditions, la vieille règle de l'égalité de traitement des parties à un conflit armé avait perdu toute justification <sup>2</sup>.

Si cette doctrine a eu son temps de célébrité, en raison des espoirs démesurés que l'esprit de Genève et l'angoisse créée par l'approche de la seconde guerre mondiale avaient suscités dans l'opinion, ce temps est aujourd'hui révolu. Une

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Rolin, A.: Le droit moderne de la guerre, 1920, I, p. 10.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Cette thèse est défendue, de la manière la plus radicale, par van Nispen tot Sevenaer: L'occupation allemande pendant la dernière guerre mondiale, La Haye, Nijhoff, 1946. Voy. l'analyse critique de cette doctrine chez Schätzel: Aggressionskrieg und Haager Kriegsrecht, Nordisk-Tids. for Intern. Ret., 1954, (vol. 24) ainsi que dans Annuaire de l'Institut, 1957, vol. 47, I, pp. 452 et suiv.; Seyersted, op. cit., Chap. VI, pp. 221 et suiv.; Kunz: AJIL 1956, pp. 317 et suiv.

analyse objective de la doctrine semble en effet démontrer que la majorité des auteurs n'admet pas la licéité de la discrimination en l'absence de désignation formelle de l'agresseur. A côté d'auteurs tels que Q. Wright<sup>1</sup>, Yepes<sup>2</sup> et Seyersted.<sup>3</sup> qui restent partisans de la discrimination, facultative ou obligatoire, pour des raisons de principe, et de certains auteurs, tels que Oppenheim<sup>4</sup> et Lauterpacht<sup>5</sup> qui ont tenté de régler le problème sur base d'une distinction d'ordre temporel (durante bello et post bellum)<sup>6</sup>, la grande majorité des auteurs se prononce en sens contraire. Au sein de l'Institut lui-même se sont notamment prononcés en faveur du principe de la non discrimination: MM. Bindschedler, Castrén, Eustathiades, Guggenheim, Kunz, Quadri, Schätzel et Sibert.

Je relèverai également que la doctrine de la discrimination n'a guère reçu d'appui dans la jurisprudence. Sans doute, existe-t-il certaines décisions, rendues dans l'immédiat aprèsguerre par des tribunaux des Pays-Bas, de la Pologne et du Grand Duché du Luxembourg, qui en font application; mais, en sens opposé, il est permis de citer les décisions prononcées par les Tribunaux des crimes de guerre de Nuremberg et de

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> The outlawry of war and the law of war, AJIL 1953, 376, ainsi que Annuaire 1959, vol. 48, II, 191.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Annuaire 1957, vol. 47, I, pp. 481 et suiv.

<sup>3</sup> op. cit., p. 265.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> International law (éd. 1952), par. 61. On notera que l'auteur se prononçait contre la discrimination dans l'édition de 1940.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Compar.: Law and politics in the world community, Berkeley 1950, p. 92, et The limits of operation of the law of war, BYIL 1953, 206.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Semblable distinction me paraît inacceptable. D'une part, elle aboutit à consacrer la loi du plus fort, c'est-à-dire du vainqueur; d'autre part elle maintient l'insécurité juridique durante bello et prive les Etats tiers de tout critère pour apprécier la validité des actes des belligérants susceptibles de produire des effets extraterritoriaux.

Tokyo, ainsi que des décisions émanant de nombreuses juridictions du Danemark, de l'Italie et de la Norvège 1.

On rappellera également que la Commission spéciale chargée de mettre en harmonie le Pacte de la S.d.N. avec les dispositions nouvelles du Pacte Briand-Kellogg a émis l'avis, en 1930, que « les normes du droit de la guerre conservent leur valeur, quel que soit le nom de telles opérations » <sup>2</sup>.

Sur base de l'ensemble de ces données, je crois devoir conclure que, même si l'on considère que le Pacte Briand-Kellogg revêt, en raison de sa nature et du nombre d'adhésions qu'il a recueillies, le caractère d'une norme objective, qui a profondément modifié l'ancien jus ad bellum, il n'a pas. à ce titre, modifié, par lui-même, l'ancien jus in bello.

En me prononçant en ce sens, je n'entends évidemment pas condamner toutes les pratiques qui ont été désignées sous le nom de neutralité bienveillante ou différentielle. Parce que le droit de la neutralité est ancien et qu'il est contenu dans de nombreuses sources formelles, qui portent chacune la trace de leur époque, le contenu et la portée de ce droit sont sujets à interprétation et à controverses. La mission dévolue à notre Commission n'est pas de dire quel est l'état actuel du droit de la neutralité ni quelles sont les pratiques de neutralité bienveillante qui sont compatibles avec le droit en vigueur. Sa mission consiste uniquement à dire si le droit en vigueur a été rendu caduc par le seul fait de la mise hors la loi de la guerre, « en tant qu'instrument de politique nationale » par le Pacte Briand-Kellogg, ou par l'entrée en vigueur des dispositions plus nettes de la Charte des Nations Unies. Quant à

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Ces décisions sont citées notamment par Schätzel, Annuaire 1957, vol. 47, I, pp. 455-458; Kunz, AJIL 1956, pp. 317 et suiv.; Bowett, op. cit., pp. 495 et suiv.; Skubiszewski: Manual of Public international law, edited by Sørensen, 1968, p. 810.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Doc. S.d.N., C. 160, nº 6, 69, 1930.

la première branche de la question, j'ai cru indispensable de me prononcer nettement dans le sens de la négative, de manière à fonder sur le seul régime établi par la Charte des Nations Unies la légitimité des discriminations éventuelles dans l'application du droit de la guerre à l'égard de l'agresseur. Le point de vue adopté à cet égard présente un intérêt particulier pour les Etats non membres.

J'ajouterai enfin que je ne considère pas comme une discrimination la « faculté » que possède un Etat non belligérant de dégager, pour son compte, les conséquences du principe ex injuria jus non oritur en refusant de reconnaître ou de donner effet, dans son ordre juridique interne, aux mesures prises par l'agresseur. Cette faculté de refuser tout effet extraterritorial aux mesures prises par l'agresseur fait partie des droits de l'Etat neutre et ne doit dès lors pas être considérée comme une dérogation aux devoirs de la neutralité.

### Section II

Le problème de la discrimination, envisagé au regard du droit de la Charte des Nations Unies

A. Droits et devoirs des Etats membres de l'Organisation

# § 1. Opérations militaires intervenant en l'absence de toute désignation formelle de l'agresseur

S'il est certain que l'article 2/4 de la Charte des Nations Unies édicte une règle dont la portée est plus large que celle qu'édictait le Pacte Briand-Kellogg<sup>1</sup>, il faut cependant recon-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Kotzsch, L.: The concept of war in contemporary history and international law, Genève, 1956; Miller, L. H.: The contemporary significance of the doctrine of just war, 16 World politics, 1964; Nawaz, M. K.: The doctrine of the outlawry of war Yearbook of Intern. Aff., vol. 13, 1964; Wright, Q.: The role of international law in the elimination of war, Manchester, 1961.

naître que toute forme quelconque d'usage de la force dans les relations internationales n'est pas prohibée par ce texte 1 et, qu'en l'absence d'une définition matérielle de l'agression, les procédures établies par la Charte, soit en vue de désigner l'agresseur, soit encore de décréter la mise en œuvre de mesures de contrainte armée, soit encore en vue de prévenir le recours illégal à la force, présentent, en droit et en fait, de nombreuses lacunes 2

Parce que, dans le système de la Charte, l'usage de la force est tantôt nécessaire, tantôt licite, et, en toute hypothèse, toujours possible, on ne peut dégager de l'article 2/4 l'intention des auteurs de la Charte d'avoir abrogé l'ancien jus in bello ou d'en avoir admis tacitement la caducité.

La règle de fond énoncée par l'article 2/4 est indissociable des règles qui déterminent les compétences des divers organes de l'organisation universelle en matière de sécurité collective car seul l'exercice de ces compétences permet, dans chaque cas d'espèce, de qualifier le fait au regard des exigences de la règle et de dégager de cette qualification certaines conséquences juridiques quant aux comportements des parties en cause. Dans une interprétation cohérente de la Charte, on peut, certes, admettre que les organes compétents de l'Organisation pourront obliger ou autoriser les Etats membres à déroger au droit de la guerre dans tous les cas où ces organes auront préalablement constaté qu'il a été recouru à la force en

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Stone, J.: Legal controls of international conflicts, 2<sup>d</sup> ed. N.Y. 1959, pp. 243 et suiv.; Schwarzenberger, G.: Hegemonial intervention, 13 Yearbook of World Aff. 1959, pp. 236-265.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> En l'absence de toute définition matérielle de l'agression et en l'absence de tout contrôle juridictionnel des actes de l'ONU, ces procédures sont en effet utilisées par des organes politiques disposant d'un pouvoir discrétionnaire que tempèrent les seules règles relatives au quorum de vote.

violation de l'article 2/4, mais on ne peut en aucune façon fonder sur ce seul article le devoir ou le droit des Etats membres de pratiquer automatiquement de telles dérogations.

Il est à peine besoin de rappeler que l'histoire des Nations Unies offre de nombreux exemples de cas dans lesquels des conflits armés ont surgi entre Etats sans qu'aucune des deux parties n'ait été formellement qualifiée d'agresseur. La même histoire offre certains exemples de cas dans lesquels des opérations militaires ont été engagées entre des Forces des Nations Unies et une partie adverse sans que celle-ci ait été désignée comme agresseur et sans que la nature de l'action exercée par les Forces des Nations Unies ait été clairement précisée par les résolutions qui avaient institué ces Forces. Enfin, nous avons déjà rappelé que, même lorsqu'une Force des Nations Unies n'a recu qu'une mission de contrôle ou de surveillance, elle peut, en fait, être entraînée dans de véritables opérations militaires à la suite d'attaques provenant de l'Etat hôte, d'un Etat tiers ou de rebelles, voire même à la suite de comportements irréguliers du commandement en chef de la Force ou d'un contingent national.

Faut-il, dans de telles hypothèses, faire place à une «règle» de discrimination? En d'autres mots, lorsqu'en dehors de toute action décrétée par le Conseil de Sécurité et de toute désignation formelle de l'agresseur, des opérations militaires éclatent entre des Forces des Nations Unies et une partie quelconque, les Etats membres ont-ils l'obligation de traiter les parties de manière discriminatoire?

Personnellement, il me paraît difficile de fonder pareille obligation automatique de discrimination sur les articles 2/5 ou 25 de la Charte. Le seul « fait » d'hostilités entre des Forces des Nations Unies et un Etat ne constitue pas en effet une « action » entreprise par l'Organisation et ne présuppose pas quelque « décision » ou « mesure » émanant de l'Organisa-

tion. Ainsi, à supposer même que les articles 2/5 et 25 de la Charte puissent être considérés comme « self-sufficient », il est évident que le seul fait d'opérations militaires ne répond pas aux conditions requises, par ces deux articles, pour donner naissance à un devoir d'assistance comportant discrimination dans l'application des lois de la guerre. En conséquence, face à de telles opérations militaires, les Etats membres conservent leur entière liberté et peuvent adopter une attitude de neutralité <sup>1</sup>.

Cette proposition doit cependant s'entendre sous cette réserve importante qu'aucun Etat membre ne peut se prévaloir d'un statut de neutralité pour se soustraire à ses obligations sociétaires générales ou spéciales, c'est-à-dire à celles qui sont inscrites dans la Charte ou qui auraient été régulièrement prises en vertu de la Charte.

Ainsi, il est bien évident que l'on ne pourra pas considérer comme incompatible avec le droit de la neutralité, le fait pour un Etat membre de contribuer aux dépenses de l'Organisation, en conformité avec l'obligation inscrite dans l'article 17. Pour autant que l'on admette comme fondé l'avis de la Cour relatif à certaines dépenses des Nations Unies, la même conclusion s'impose quant aux dépenses nécessitées par les besoins des Forces des Nations Unies.

¹ Sur la place de la neutralité dans la Charte et sur l'évolution des idées qui s'est produite à cet égard depuis 1945, on consultera spécialement Chaumont, Ch.: Nations Unies et neutralité, Rec. Cours 1956, I, vol. 89, pp. 1 et suiv., ainsi que Hamilton Fish Armstrong: Neutrality. Varying Tunes, Foreign Affairs, vol. 35 (oct. 1956), pp. 57 et suiv. Que la sécurité collective n'exclut pas la neutralité, c'est ce qui résulte notamment du rôle confié aux puissances neutres par les Conventions humanitaires de Genève, des missions de surveillance de l'armistice de Corée qui ont été confiées à des Etats membres qualifiés de neutres et de l'admission de l'Autriche en qualité de membre de l'ONU en 1955.

De même, la survenance d'hostilités entre les Forces des Nations Unies et une partie quelconque ne pourra jamais être invoquée par un Etat membre en vue de se soustraire à l'application des mesures obligatoires que l'Organisation aurait prises contre la partie adverse avant ou après le déclenchement de ces hostilités, au titre de mesures « short of war », sur base de l'article 41 de la Charte.

Les principes développés ci-dessus sont, à mon avis, applicables quelles que soient les parties engagées dans des opérations militaires et, pour cette raison, je suggère d'y consacrer une Résolution de portée générale qui pourrait être rédigée dans les termes suivants:

Les règles du droit de la guerre et de la neutralité qui n'ont pas un caractère humanitaire doivent trouver application dans tous les conflits armés de caractère international aussi longtemps qu'une des parties n'a pas été désignée comme agresseur par le Conseil de Sécurité et quelles que soient les parties engagées dans ces conflits.

En aucun cas, un Etat membre de l'Organisation des Nations Unies ne peut se prévaloir du droit de la neutralité pour se soustraire aux obligations qui lui sont imposées par la Charte ou aux mesures obligatoires décrétées par le Conseil de Sécurité, soit avant, soit après le déclenchement des hostilités.

La Résolution proposée ci-dessus a donc pour objet essentiel de maintenir en vigueur le droit de la Charte, ainsi que les mesures édictées en vertu de ce droit, nonobstant la survenance d'hostilités de fait. Cette solution me paraît la plus respectueuse des pouvoirs du Conseil de Sécurité. Il serait, en effet, inadmissible qu'en qualifiant unilatéralement d'agression un état d'hostilités qui ne serait ni la conséquence d'une action entreprise par le Conseil de Sécurité ni le fait d'une partie désignée comme agresseur par le Conseil, un Etat membre puisse unilatéralement déclarer caduques les résolutions du Conseil.

Peut-être jugera-t-on que la solution préconisée est trop rigoureuse pour l'Etat qui, ayant fait l'objet de sanctions édictées sur base de l'article 41 de la Charte, avant le déclenchement d'hostilités, serait la victime de celles-ci. On peut en effet imaginer qu'un Etat A, contre lequel le Conseil de Sécurité aurait pris des mesures obligatoires « short of war », soit l'objet d'une agression armée par un Etat B que le Conseil de Sécurité s'abstiendrait de désigner comme agresseur. Est-il logique, dans une telle hypothèse, d'admettre que les autres Etats membres resteront tenus d'appliquer contre l'Etat A les sanctions décrétées avant le déclenchement des hostilités?

A vrai dire, l'embarras que l'on éprouve devant une telle question tient essentiellement, sinon uniquement, au postulat sur lequel la question est fondée, à savoir l'hypothèse d'une passivité prolongée du Conseil de Sécurité. En vertu de la Charte, le Conseil de Sécurité dispose à tout moment du pouvoir d'abroger ses propres résolutions, de désigner l'agresseur et de prendre à son égard des mesures obligatoires. Faut-il, parce que des raisons politiques peuvent empêcher le Conseil de Sécurité d'agir, que les juristes viennent suppléer sa carence éventuelle et préconisent une interprétation de la Charte qui, par dérogation au principe général de l'acte-contraire, habiliterait chaque Etat membre à dénoncer, pour son compte, des mesures obligatoires de portée générale? Je n'ai pas cru pouvoir engager l'Institut dans cette voie et c'est pour cette raison que la résolution projetée a été rédigée dans les termes généraux qui ont été choisis.

Nous limitant toujours à l'hypothèse d'opérations militaires intervenant sans désignation formelle d'un agresseur, nous devons envisager le cas où, à l'occasion de telles opérations, l'organe compétent de l'Organisation viendrait à adresser aux Etats membres des « recommandations », en les invitant, par exemple, à rompre toutes relations économiques avec une des

parties engagées dans ces opérations 1. La question n'est pas de savoir si de telles recommandations sont susceptibles d'obliger les Etats auxquels elles sont adressées, mais bien de savoir si les Etats membres, qui souhaiteraient adopter le comportement recommandé, seront en droit de le faire dans l'hypothèse où semblable comportement impliquerait, de leur part, la violation, à l'égard d'un autre Etat, d'une obligation préexistante découlant du droit international général ou spécial.

Le texte de l'article 103 de la Charte ne permet pas de répondre affirmativement à cette question. Ce texte se borne en effet à faire prévaloir les « obligations » des Etats membres en vertu de la Charte sur leurs « obligations » en vertu de tout autre accord international.

La question n'a pas non plus été tranchée par le projet d'articles sur le droit des traités élaboré par la Commission du droit international. L'article 70 de ce projet 2 est en effet

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Sur la portée juridique des recommandations, on consultera les ouvrages de synthèse de: Malintoppi, A.: Le raccomandazioni internazionale, Milan, Giuffre, 1958, et de Lino di Qual: Les effets des résolutions des Nations Unies, Paris, LGDJ 1967, ainsi que les études spéciales de: Chaumont, Ch.: AFDI 1958, 399; Fitzmaurice, Sir G.: BYIL 1958, 2; Flory, M.: AFDI 1962, 476; 1964, 458; 1965, 446; Johnson, D. H. N.: BYIL 1955-1956, 97; Schachter, O.: AJIL 1964, 960; Sloan, F. B.: BYIL 1948, 1; Virally, M.: AFDI 1956, 66. Voy. aussi Braud, Ph.: Recherches sur l'Etat tiers en droit international, RGDIP 1968, pp. 17 et suiv.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Avant l'ouverture de la Conférence diplomatique de Vienne, l'article 70 était rédigé comme suit: « Les présents articles ne préjudicient pas aux obligations qui peuvent résulter, à propos d'un traité, pour un Etat agresseur de mesures prises conformément à la Charte des Nations Unies au sujet de l'agression commise par cet Etat ».

Cet article est devenu, dans le texte définitif de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, l'article 75, qui est rédigé comme suit: « Les dispositions de la présente Convention sont sans effet

doublement équivoque, d'une part parce qu'il envisage le cas d'un Etat agresseur, sans préciser s'il s'agit de l'Etat désigné comme tel par le Conseil de Sécurité ou considéré comme tel par chaque Etat membre et, d'autre part, parce qu'il fait référence aux « mesures prises conformément à la Charte » sans préciser s'il s'agit des mesures prises par l'Organisation elle-même ou des mesures prises par les Etats membres, en exécution de recommandations ou de décisions de l'Organisation, voire même spontanément.

Analyser une recommandation en une autorisation, revient en réalité à admettre que l'Etat membre dont le comportement a justifié la recommandation sera obligé de tenir pour conformes au droit les comportements des Etats membres qui accepteront de se plier à la recommandation. Dans cette optique, toute autorisation est une décision, lorsqu'on envisage ses effets dans le chef de l'Etat qui devra en subir les conséquences. Cette technique de l'autorisation est bien connue dans certaines organisations internationales et nous en trouvons un exemple dans l'article 31-4° de la Convention de Stockholm du 4 janvier 1960 portant création de l'Association Européenne de Libre Echange ou EFTA.

Plusieurs dispositions des traités d'intégration européenne mettent en œuvre la même technique de l'autorisation sous la dénomination de « clauses de sauvegarde », en vertu desquelles un Etat membre se voit accorder la faculté de déroger aux règles établies par le traité, soit en raison de circonstances tenant à la conjoncture économique, soit en raison d'un comportement adopté par un autre Etat membre <sup>1</sup>.

sur les obligations qui peuvent résulter à propos d'un traité, pour un Etat agresseur, de mesures prises conformément à la Charte des Nations Unies au suiet de l'agression commise par cet Etat ».

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Voy. notamment, art. 226 Traité créant la CEE.

Dans la mesure où la technique de la « recommandationautorisation » est destinée à permettre de déroger au droit ¹, elle ne peut être utilisée que par un organe investi d'un pouvoir de décision. A mon avis, tel n'est pas le cas de l'Assemblée générale à laquelle la Charte n'a manifestement pas accordé le pouvoir d'obliger un Etat à subir, en dérogation au droit de la guerre, des comportements recommandés à l'ensemble des autres Etats membres. Toute autre solution reviendrait à admettre que l'Assemblée générale a été habilitée par la Charte à autoriser le déclenchement d'un régime de sanctions étatiques en marge des sanctions communautaires dont le Conseil de Sécurité détient le monopole.

Qu'en sera-t-il lorsque, devant le déclenchement d'opérations militaires entre parties dont aucune n'a été désignée comme agresseur, le Conseil de Sécurité adopte de simples recommandations? Semblables recommandations pourrontelles autoriser les Etats membres à déroger au droit de la guerre dans leurs relations avec l'Etat dont le comportement a déterminé le Conseil de Sécurité à les prendre?

La réponse à cette question ne peut être fondée que sur le Chapitre VII de la Charte qui a trait, non seulement à l'hypothèse d'un acte d'agression, mais également à celles d'une menace contre la paix et d'une rupture de la paix. C'est dans chacune de ces trois hypothèses que la Charte a investi le Conseil de Sécurité, à la fois d'une compétence de recommandation et d'une compétence de décision. Tant dans

¹ La question ne se pose évidemment pas lorsque le comportement recommandé n'implique aucune violation du droit international. C'est ainsi qu'en exécution d'une recommandation, un Etat membre pourra toujours dénoncer un traité, dans la mesure où celui-ci admet la faculté de dénonciation, rompre ses relations diplomatiques avec un autre Etat, ou établir un embargo sur le commerce des armes, pour autant qu'un tel embargo soit conciliable avec ses engagements internationaux.

la qualification de la situation qui justifie la mise en œuvre de ces compétences que dans le choix entre les procédés de la recommandation ou de la décision, le Conseil de Sécurité dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Ayant le pouvoir d'imposer à un Etat, dont le comportement est à l'origine d'une menace contre la paix, des mesures de caractère obligatoire, le Conseil de Sécurité doit être considéré comme étant également en droit d'autoriser les Etats membres à déroger au droit international général ou spécial dans leurs rapports avec cet Etat. En d'autres mots, je pense que, s'agissant du Conseil de Sécurité, le même instrumentum peut revêtir la portée d'une recommandation à l'égard de l'Etat dont le comportement l'a motivée.

Quant à la nature des mesures dérogatoires au droit de la guerre que le Conseil de Sécurité peut autoriser ou ordonner en vertu des pouvoirs que lui confère le Chapitre VII de la Charte, c'est là une question qui sera abordée dans la suite du présent rapport car la réponse qu'elle appelle me paraît identique à celle qu'il convient de donner au même problème dans l'hypothèse où de telles mesures sont prises à la suite d'une désignation formelle de l'agresseur.

# § 2. Opérations militaires engagées avec une partie qualifiée d'agresseur par le Conseil de Sécurité

Dans l'hypothèse où le Conseil de Sécurité viendrait à désigner formellement une partie à un conflit armé comme agres-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> J'exclus, pour ma part, l'hypothèse de la désignation de l'agresseur par l'Assemblée générale. Semblable désignation ne constituerait pas l'exercice d'une compétence de l'Organisation et devrait s'analyser en une multiplicité d'actes unilatéraux concordants, adoptés « en » assemblée, par les divers Etats membres ayant voté en faveur de cette désignation.

seur, la première question qui se pose est celle de savoir si pareille désignation engendre, par elle-même, une obligation automatique de discrimination à charge de tous les Etats membres, en vertu des articles 2/5 et 25 de la Charte, ou si une éventuelle obligation de discrimination ne prendra effectivement naissance qu'à la suite de mesures spécifiques adoptées par le Conseil de Sécurité sur base du Chapitre VII de la Charte.

Pour répondre à cette question il faut rappeler que dans l'exercice des compétences qu'il tient du Chapitre VII, le Conseil de Sécurité a été investi de pouvoirs discrétionnaires.

Non seulement le Conseil de Sécurité n'est jamais obligé de procéder à la désignation de l'agresseur mais, alors même qu'il y procéderait, il lui sera toujours loisible, soit de n'adopter aucune résolution à l'adresse des Etats membres, belligérants ou non belligérants, soit de leur adresser des recommandations ou des décisions de caractère obligatoire. Une fois qu'il agit en vertu du Chapitre VII, le Conseil de Sécurité apprécie souverainement les exigences du maintien ou du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, et, dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, le Conseil de Sécurité doit même, au besoin, pouvoir interdire à un Etat membre de prêter assistance à la victime de l'agression ou aux Forces des Nations Unies 1.

L'octroi au Conseil de Sécurité d'un tel pouvoir discrétionnaire se concilie difficilement avec l'idée d'un devoir automatique de discrimination à charge de tous les Etats membres car la pratique de telles discriminations, dont le droit international positif n'a jamais précisé les limites, est, en fait, sus-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Tel pourrait être le cas si le Conseil de Sécurité avait des raisons de craindre que la participation d'un Etat déterminé à la lutte contre l'agresseur serait de nature à envenimer le conflit, par exemple en entraînant l'intervention, aux côtés de l'agresseur, d'un allié de celui-ci.

ceptible de provoquer l'extension d'un conflit que le Conseil de Sécurité a pour mission de résorber ou de localiser.

A vrai dire, ceux qui préconisent le système de la discrimination automatique aux dépens de l'agresseur, fondent leur thèse sur le postulat de l'inaction du Conseil de Sécurité et tendent de substituer au mécanisme de la sécurité collective et communautaire un mécanisme de sanctions plurilatérales à base de souveraineté.

Ce postulat repose ainsi sur une déviation constatée dans le fonctionnement du système de la sécurité collective et ne saurait, à ce titre, servir de base à une interprétation juridique de la Charte. Le texte même de l'article 39 de celle-ci a établi une relation étroite et nécessaire entre la constatation par le Conseil de Sécurité des circonstances de fait susceptibles de justifier son action et l'adoption de résolutions destinées à servir de directives ou de règles aux Etats membres à la suite de cette constatation. Il dispose en effet que « Le Conseil de Sécurité constate... et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises ».

Sous réserve de cette observation générale, trois éventualités doivent être envisagées dans l'hypothèse où le Conseil de Sécurité viendrait à désigner formellement un agresseur. Ou bien cette désignation ne sera accompagnée ou suivie d'aucune résolution; ou bien elle sera accompagnée ou suivie d'une recommandation; ou bien elle sera accompagnée ou suivie d'une décision obligatoire.

1. Si la désignation de l'agresseur n'est accompagnée ou suivie d'aucune résolution quelconque du Conseil de Sécurité, les Etats membres seront-ils automatiquement obligés, en vertu de la Charte, à traiter l'agresseur de manière discriminatoire?

Dans cette hypothèse, à laquelle l'article 25 est manifestement étranger, l'article 2/5 doit seul être pris en considération.

A mon sens, ni la lettre, ni l'esprit de la Charte ne permettent de fonder sur cet article une obligation de discrimination automatique.

Si l'on doit voir dans l'article 2/5 l'énoncé d'une obligation, celle-ci est, selon le texte de l'article, limitée au cas d'une « action entreprise » par l'Organisation et il paraît difficile d'assimiler à une telle « action » la seule constatation d'un acte d'agression.

Par ailleurs, si l'article 2/5 de la Charte devait être interprété de manière dynamique comme impliquant une obligation de discrimination automatique, les dispositions de la Charte qui habilitent le Conseil de Sécurité à « recommander » semblables discriminations perdraient toute signification car il y a contradiction à admettre que le Conseil de Sécurité peut « recommander » des comportements discriminatoires qui, selon la Charte, seraient obligatoires de plein droit.

A mon avis, une interprétation cohérente de la Charte commande de constater que c'est intentionnellement et en raison des exigences éminemment variables du maintien ou du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, que le Conseil de Sécurité a été investi d'un pouvoir discrétionnaire. Non seulement ce pouvoir discrétionnaire lui permet d'imposer ou de recommander aux Etats membres de pratiquer certaines discriminations aux dépens de l'agresseur désigné; il l'habilite aussi à ne pas prendre de telles recommandations ou décisions, voire même à les interdire. L'article 2/5 énonce donc un simple principe dont les implications concrètes ne peuvent être dégagées que par le Conseil de Sécurité dans chaque cas d'espèce, selon l'appréciation que le Conseil de Sécurité se sera faite, in concreto, des exigences du maintien ou du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales.

On se demandera sans doute si une distinction ne doit pas être établie, quant aux Etats membres de l'Organisation, entre le devoir de prêter assistance à l'Organisation et le devoir de ne pas prêter assistance à l'Etat désigné comme agresseur.

Bien que pareille distinction ne résulte pas du texte de l'article 2/5, qui semble placer ce double devoir sur le même plan et qui, au surplus, édicte ces obligations en prévision de l'hypothèse d'une « action » de l'Organisation, notre Confrère, M. Seyersted est d'avis que la distinction suggérée cidessus est justifiée <sup>1</sup>. En effet, relève M. Seyersted, à la différence du devoir positif d'assister l'Organisation, devoir qui découle de la Charte et qui est, dès lors, subordonné à l'adoption de résolutions spécifiques, l'interdiction de prêter assistance à l'agresseur dérive de la mise de la guerre hors la loi, principe que la Charte n'a pas créé mais dont elle a essentiellement pris acte.

Lorsqu'on parle de l'obligation de ne pas prêter assistance à un agresseur, il faut, au préalable, en préciser l'objet. Si l'on entend par là qu'un Etat membre ne peut pas participer aux hostilités aux côtés de l'agresseur ou lui prêter une assistance que le droit commun de la neutralité interdit à un neutre d'accorder à l'un quelconque des belligérants, il est évident qu'une telle obligation s'impose à tout Etat membre, voire même à tout Etat quelconque.

Si, au contraire, on entend par l'obligation de ne pas prêter assistance à l'agresseur, l'obligation de lui refuser certaines facilités que tout neutre est en droit d'accorder aux deux belligérants, en vertu du droit commun de la neutralité, la question est plus délicate et M. Seyersted lui-même considère l'existence d'une telle obligation comme simplement « proba-

<sup>1</sup> Seyersted, op. cit., pp. 284 et suiv.

ble » 1. Personnellement, je ne partage pas cette opinion, non seulement parce que les préventions que les auteurs de la Charte avaient à l'égard de la neutralité sont aujourd'hui largement tombées, mais aussi parce que la distinction préconisée ne trouve pas d'appui dans le texte de la Charte et qu'au surplus, la portée de l'obligation de non assistance à l'agresseur est indéfinissable en l'absence de résolutions spécifiques du Conseil de sécurité<sup>2</sup>. On relèvera à ce propos la prudence dont fait preuve M. Seversted dans les pages qu'il consacre à cette question 3. Selon cet auteur, « il est suggéré » d'interpréter l'article 2/5 comme interdisant aux neutres d'admettre dans leurs ports les navires de l'agresseur, même lorsque semblable admission est licite en vertu du droit commun. Le même auteur écrit que les Etats membres « ont probablement » le devoir automatique de ne pas reconnaître les droits acquis par l'agresseur à la faveur de son agression et qu'« il y a de bonnes raisons » de penser qu'ils ne peuvent s'opposer au survol de leur territoire par les aéronefs engagés dans la lutte contre l'agresseur.

Si l'Institut veut être réaliste et se garder de céder à cette forme de démagogie qui consiste à rendre des hommages platoniques à la vertu et à prononcer des condamnations purement verbales contre le vice, il devrait se borner à condamner clairement toute forme de cobelligérance aux côtés de l'agresseur, voire même toute pratique à son profit d'une neutralité différentielle. Pour le surplus, les véritables discriminations dans l'application du droit de la guerre relèvent

<sup>1</sup> op. cit., p. 286.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ainsi que l'écrit Chaumont, « l'apparence marmoréenne de l'article 2/5 n'est pas aussi inaltérable qu'on pourrait le croire au premier abord », Rec. Cours, 1956, I, vol. 89, p. 43.

<sup>3</sup> op. cit., pp. 288-289.

des résolutions spécifiques que le Conseil de Sécurité est en droit d'adopter dans le cadre du Chapitre VII de la Charte.

En conclusion, je suggère qu'en vue de régler la situation qui découle de la simple désignation de l'agresseur, la Résolution suivante soit retenue :

Lorsque le Conseil de Sécurité a désigné comme agresseur une partie à un conflit armé, cette désignation s'étend de plein droit à tout autre Etat qui prendrait part aux hostilités aux côtés de l'agresseur.

Dans la même hypothèse, aucun Etat membre des Nations Unies ne peut se réclamer du droit de la neutralité pour se soustraire aux obligations qu'il a assumées en qualité de membre de l'Organisation et qu'il reste tenu d'exécuter en bonne foi <sup>1</sup>.

2. Si la désignation de l'agresseur est faite par une résolution du Conseil de Sécurité assortie d'une « recommandation » <sup>2</sup> invitant les Etats membres à pratiquer certaines discriminations au regard du droit de la guerre, deux questions devront être résolues. La première concerne l'objet des discriminations qui pourront être recommandées et cette question sera traitée dans le paragraphe suivant. La seconde question concerne l'autorité et l'opposabilité desdites recommandations.

A cet égard, il me paraît que toute résolution par laquelle le Conseil de Sécurité recommande aux Etats membres

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Sur l'importance de la bonne foi comme limite de la pratique de la neutralité venant s'insérer dans un régime de sécurité collective, voy. Chaumont, op. cit., p. 55. Eventuellement cette idée pourrait être développée en précisant que la pratique de la neutralité différentielle en faveur de l'agresseur est illicite.

<sup>&</sup>lt;sup>a</sup> Nous adoptons, sur ce point, la thèse généralement admise selon laquelle le Conseil de Sécurité est en droit d'adopter de simples recommandations sur base du Chapitre VII de la Charte. En ce sens: Malintoppi: op. cit., pp. 119 et suiv.; Lino di Qual: op. cit., pp. 86 et suiv.; Contra: Quadri: Diretto internazionale pubblico, 1949, pp. 297 et suiv.; Kelsen: The law of UN, pp. 96 et suiv.; Gentile: Comunicazioni e Studi, Milano, V, 1953, pp. 286 et suiv.

de déroger aux règles non humanitaires de droit de la guerre dans leurs rapports avec l'Etat désigné comme agresseur, vaut « décision » à l'égard de l'agresseur qui n'en est pas le destinataire mais l'objet. L'acte dénommé recommandation est, dans cette hypothèse, un acte à double effet en ce qu'il oblige l'agresseur à subir le comportement des Etats membres qui accepteront librement d'agir conformément aux recommandations qui leur ont été adressées. Semblable construction est parfaitement justifiée dès l'instant où l'on admet, qu'à la différence de l'Assemblée générale, le Conseil de Sécurité, agissant dans les limites du Chapitre VII, a été investi d'une compétence discrétionnaire impliquant le pouvoir d'adopter à la fois des recommandations et des décisions.

Dire que l'agresseur est juridiquement obligé de subir les discriminations que les Etats membres pratiqueront à son égard en application des recommandations du Conseil de Sécurité, revient à dire que devront être tenues pour illicites toutes les mesures de représailles adoptées par l'agresseur en raison de ces seules discriminations.

Envisagées quant à leurs destinataires, les recommandations de discriminations adressées par le Conseil de Sécurité aux Etats membres vaudront autorisations dans les rapports entre les Etats membres et l'Etat agresseur.

Dans les rapports entre Etats membres, destinataires des recommandations, les discriminations pratiquées aux dépens de l'agresseur devront être reconnues par tous les Etats membres qui auront accepté de s'y plier.

C'est ainsi, par exemple, que la non reconnaissance des titres de propriété acquis par l'agresseur, que proclamerait un Etat membre en exécution d'une recommandation du Conseil de Sécurité, devra nécessairement être tenue pour justifiée par tous les autres Etats membres qui, de leur côté, auraient accepté la même recommandation. Il est en effet généralement admis que l'acceptation des recommandations donne naissance à une obligation et que l'obligation née de cette acceptation lie les Etats membres, non seulement à l'égard de l'Organisation comme telle, mais également à l'égard des autres Etats ayant assumé le même engagement 1.

On ne peut pas raisonner de la même manière dans les rapports entre les Etats membres qui auraient accepté les recommandations et les Etats membres qui ne les auraient pas acceptées. Quant à ces derniers, ils seront libres de reconnaître ou non les mesures discriminatoires émanant des Etats membres qui se conformeront aux recommandations du Conseil de Sécurité. Il ne faut pas perdre de vue en effet que l'Etat membre qui n'a pas accepté une recommandation, peut légitimement avoir pris semblable attitude parce qu'il considérait la recommandation comme irrégulière ou inopportune, ou parce qu'il se considérait comme particulièrement exposé à des mesures de représailles de la part de l'Etat désigné comme agresseur. Toute discrimination ou reconnaissance de discrimination impliquant ce risque de représailles, il paraît raisonnable d'abandonner à chaque Etat le soin d'en apprécier l'existence et la gravité lorsque le Conseil de Sécurité lui-même a jugé qu'il ne convenait pas d'agir par voie de mesures obligatoires.

3. Aux termes de l'article 39 de la Charte, le Conseil de Sécurité qui constate l'existence d'un acte d'agression fait des recommandations, « ou décide quelles mesures seront prises conformément aux articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ». L'article 39, combiné avec l'article 41, suffit à justifier l'adoption par le Conseil de Sécurité de décisions qui obligeront les Etats mem-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Lino di Qual: op. cit., p. 127, et Chaumont, Ch.: Les Organisations internationales, Cours, Inst. Et. Pol. 1948-49, p. 170.

bres à déroger au droit commun de la neutralité dans leurs relations avec l'agresseur désigné.

A l'appui de cette interprétation on relèvera que l'article 39 de la Charte, qui habilite le Conseil de Sécurité à prendre soit des recommandations, soit des décisions obligatoires, fait référence aux articles 41 et 42 et non à l'article 43. Il est permis d'en déduire que la technique conventionnelle d'octroi de facilités aux forces créées par l'effet des accords spéciaux prévus à l'article 43, n'est pas exclusive du procédé autoritaire fondé sur l'article 41, dans la mesure où les comportements imposés aux Etats membres dans leurs relations avec les parties à un conflit armé peuvent être rangés dans la catégorie des mesures « short of war ». Or, tel est manifestement le cas des comportements imposés aux Etats membres qui ne prennent pas directement part aux hostilités, puisque ces comportements s'analysent soit en une forme de neutralité différentielle ou qualifiée, soit en une forme de sanctions.

L'interprétation défendue ici trouve un appui dans la pratique, depuis que, dans l'affaire rhodésienne, le Conseil de Sécurité, statuant à l'unanimité, a estimé pouvoir imposer aux Etats membres un régime de sanctions obligatoires dans un cas ne constituant ni une rupture de la paix, ni un acte d'agression<sup>1</sup>.

Il me paraît dès lors évident que si le Conseil de Sécurité peut imposer la pratique de sanctions n'impliquant pas l'usage de la force en vue de faire face à une situation constituant une simple menace à la paix et à la sécurité internationales, il dispose, a fortiori du même pouvoir lorsque des hostilités sont en cours avec une partie qualifiée d'agresseur.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Résolution 253 du 29 mai 1968. — Sur la portée des résolutions antérieures, voy. Halderman, J. W.: Some legal aspects of sanctions in the Rhodesian case, ICLR, vol. 17, Part. 3, July 1968.

Envisagées en elles-mêmes et quant à leur objet, les discriminations que les Etats membres ne participant pas aux hostilités, pourraient être invités ou obligés à pratiquer à l'égard d'un agresseur, ne sont en effet pas différentes des sanctions que ces mêmes Etats peuvent être invités ou obligés à prendre à l'égard d'une partie dont l'attitude a été considérée comme constitutive d'une menace contre la paix. Il est dès lors logique de considérer que les mesures qui sont légitimes dans un état de tension mineure, le sont, a fortiori, en cas de tension majeure ou de conflit ouvert.

Avant le pouvoir de recommander ou d'imposer aux Etats membres qui ne participent pas à la lutte contre l'agresseur des comportements dérogatoires au droit de neutralité, le Conseil de Sécurité, agissant dans le cadre du Chapitre VII, possède aussi celui d'édicter, à l'intention des parties au conflit, des règles dérogatoires au droit de la guerre. En dehors du domaine humanitaire, le principe de l'égalité dans l'application du droit de la guerre entre belligérants n'est justifié que dans la mesure où l'organe compétent de la communauté internationale n'a pas régulièrement désigné l'agresseur. Dès l'instant où pareille désignation a été opérée par le Conseil de Sécurité, le principe de l'égale soumission des deux parties au droit de la guerre perd sa justification sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la victime de l'agression est un Etat ou une Force des Nations Unies. A fortiori, ce principe pourra-t-il être écarté lorsque l'Organisation comme telle prend l'initiative d'une action contre un Etat coupable d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression.

Sur ce point, l'Institut s'est prononcé en 1963 en constatant que, sous réserve du respect intégral des règles humanitaires, « il ne peut y avoir complète égalité dans l'application des règles du droit de la guerre lorsque l'organe compétent des Nations Unies a constaté qu'un des belligérants a recouru à la force armée en violation des règles du droit des gens consacrées par la Charte des Nations Unies ». Ayant adopté cette résolution de principe, l'Institut a chargé sa Commission de « poursuivre l'étude de la question de savoir dans quelle mesure et sous quelles conditions cette inégalité devrait être acceptée ».

Les premières réflexions que j'ai consacrées à ce problème me portent à croire que nos travaux devront moins s'attacher à définir la « mesure » des dérogations au droit de la guerre qui seront tenues pour licites ou obligatoires que d'en préciser les « conditions ».

Etablir la « mesure » des dérogations au droit de la guerre. que pourrait justifier la désignation d'un agresseur, reviendrait à élaborer un droit uniforme en prévision de toutes opérations militaires engagées entre l'agresseur et les parties susceptibles de lui être opposées. Si l'Institut s'engageait dans cette voie, il se heurterait à la fois à une difficulté de fait et à une objection de principe. En fait, l'élaboration d'un droit spécifique de la répression de l'agression, soulèverait constamment la question de savoir si les règles du droit de la guerre actuellement en vigueur, ne sont pas, en partie, tombées en désuétude, ou ne sont pas, en fait, devenues inapplicables dans une guerre moderne. Sur le plan des principes, le projet d'élaborer un droit spécifique et uniforme de la répression de l'agression est, au surplus, inconciliable avec la nature éminemment variable des exigences du maintien de la paix et le caractère discrétionnaire des pouvoirs dont le Conseil de Sécurité a été investi en cette matière.

Ayant exclu du domaine des discriminations toutes les règles du droit de la guerre qui revêtent un caractère humanitaire, il ne me paraît exister aucun obstacle à ce que ce pouvoir discrétionnaire du Conseil de Sécurité soit affirmé par l'Institut. Quant aux exigences de la sécurité juridique, elles seront

satisfaites pour autant que l'Institut admette que toute dérogation aux règles non humanitaires du droit de la guerre devra faire l'objet de recommandations ou de décisions spéciales émanant du Conseil de Sécurité. C'est à cette condition que le Conseil de Sécurité pourra le mieux remplir sa tâche en matière de sécurité collective, en appréciant in concreto la nécessité de dérogations spécifiques au droit de la guerre ainsi que les risques éventuels de représailles que pareilles dérogations pourraient provoquer.

En bref, le système que je suggère revient à soumettre les opérations militaires des Nations Unies, en ce compris celles qui seraient engagées contre un agresseur désigné, au droit commun de la guerre, sous réserve des dérogations spécifiques recommandées ou décidées par le Conseil de Sécurité.

Si le principe de cette solution pouvait être retenu par l'Institut, il ne serait pas nécessaire d'énumérer avec précision et de manière limitative les diverses règles du droit de la guerre auxquelles il pourrait être dérogé vis-à-vis de l'agresseur, ni de déterminer exactement la « mesure » de semblables dérogations.

Etant donné que j'ignore quel sera, sur ce point, l'avis de la majorité des membres de la Commission, je me suis borné pour l'instant à rédiger le projet de Résolution ci-dessous qui s'inspire, quant à l'objet des discriminations possibles, des suggestions les plus répandues dans la doctrine.

- § 1. Dans tous les cas où il désigne comme agresseur une partie engagée dans des opérations militaires, le Conseil de Sécurité a le pouvoir d'adopter, dans la mesure nécessaire au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, toutes résolutions à l'intention des parties engagées dans ces opérations ainsi que des Etats membres non belligérants.
- § 2. Par dérogation au droit commun de la guerre et de la neutralité, et sous réserve du respect intégral des règles qui revêtent un carac-

tère humanitaire, les résolutions visées au paragraphe premier peuvent notamment avoir pour objet:

#### a) d'interdire à l'agresseur:

- tout internement, au titre de sujets ennemis, des agents des Nations Unies ou des ressortissants des Etats participant à la lutte contre l'agresseur, pour autant que ces personnes ne soient pas membres des Forces des Nations Unies ou des armées nationales opposées à l'agresseur;
- toute atteinte aux biens privés des ressortissants de la victime de l'agression et des Etats membres de l'Organisation, ainsi que des agents de l'Organisation des Nations Unies;
- l'exercice du droit de prises et de blocus ainsi que de toutes pratiques relevant de la guerre économique.
- b) d'autoriser la victime de l'agression, ses alliés et les Forces des Nations Unies qui occupent le territoire de l'agresseur, à déroger aux lois en vigueur dans ce territoire et d'y procéder à des réquisitions et contributions dans une mesure excédant les besoins des Forces d'occupation. Toutefois, semblables mesures ne pourront être prises qu'en cas de nécessité et pour autant seulement qu'elles soient en rapport avec les ressources du pays et compatibles avec la subsistance des populations.
- c) d'autoriser ou obliger les Etats membres qui ne participent pas à la lutte armée contre l'agresseur, à pratiquer une forme de neutralité qualifiée comportant notamment:
  - la rupture des relations diplomatiques et consulaires avec l'agresseur;
  - l'interruption de toutes formes d'assistance, directe ou indirecte, à l'agresseur en matière militaire, économique, commerciale ou financière ainsi qu'en matière de communications de toute nature;
  - la non reconnaissance des titres de propriété acquis par l'agresseur ou de tous autres actes ou transactions accomplis par l'agresseur ou à la faveur de sa législation, en violation du droit de la guerre ou des résolutions adoptées par le Conseil de Sécurité;

- l'octroi à la victime de l'agression, à ses alliés et aux Forces des Nations Unies, de fournitures et de subsides ainsi que de facilités en matière de communications et de transit.
- § 3. Sont illicites toutes mesures de représailles pratiquées par l'agresseur en raison de l'adoption ou de la mise en œuvre des recommandations ou décisions prises par le Conseil de Sécurité conformément aux présentes Résolutions.
- § 4. Sans préjudice des responsabilités individuelles et collectives dérivant du seul fait de l'agression, l'agresseur sera tenu de réparer tout dommage causé soit en violation des lois et coutumes de la guerre, soit en violation des décisions prises à son égard par le Conseil de Sécurité.

La Résolution proposée ci-dessus n'est qu'un avant-projet destiné à faciliter un échange de vues au sujet des principes dont elle s'inspire. Pour en comprendre la portée, il convient de rappeler qu'en vertu de l'interprétation que j'ai adoptée, un Etat a toujours la « faculté » de donner effet au principe ex injuria jus non oritur. En conséquence, certaines discriminations dont il est question au paragraphe 2 du projet de Résolution pourront être pratiquées d'initiative par un Etat membre, en l'absence de recommandations ou de décisions spécifiques émanant du Conseil de Sécurité. Il en sera ainsi notamment. de la non reconnaissance des titres de propriété acquis par l'agresseur. L'intérêt de la Résolution, quant à de telles discriminations, est de rendre celles-ci opposables à l'agresseur et, d'une manière plus générale, d'interdire à celui-ci de s'autoriser de la pratique de pareilles discriminations pour se livrer à des représailles ou pour contester à l'Etat en cause sa qualité de neutre.

La liste des discriminations contenues dans le projet de Résolution n'est pas limitative. Cette solution est conforme à l'idée que, sauf en matière humanitaire, le Conseil de Sécurité dispose du pouvoir discrétionnaire d'autoriser ou d'ordonner des dérogations au droit de la guerre. La liste proposée pour-

rait donc être réduite ou developpée. Toutefois, dans les propositions qui seront faites à ce sujet, il conviendra de ne pas perdre de vue la distinction entre les Etats participants à la lutte contre l'agresseur et Etats non participants. Cette distinction perdrait toute signification si, sous le couvert de discriminations, les Etats non participants étaient autorisés ou obligés à pratiquer des comportements nettement hostiles dans leurs relations avec l'agresseur.

Quant aux rapports entre l'agresseur et les forces qui lui sont opposées j'ai hésité à prévoir des dérogations et je concevrais fort bien que l'Institut soit d'avis de les énumérer de manière limitative. C'est en effet, sur ce plan, que le risque de représailles, s'étendant en fait au domaine des règles humanitaires, est le plus grave.

Les paragraphes 3 et 4 du projet de Résolutions ont principalement pour objet de faciliter le règlement des responsabilités post bellum et d'éviter que ce règlement puisse apparaître, après la défaite de l'agresseur, comme une mesure arbitraire fondée uniquement sur la fortune des armes. Les règles contenues dans ces deux paragraphes seront également utiles durante bello, aux tribunaux des Etats non belligérants.

## B. Droits et devoirs des Etats non membres de l'Organisation.

S'il est certain que le Conseil de Sécurité a le pouvoir d'entreprendre une action coercitive contre un Etat non membre de l'Organisation qui se rendrait coupable d'agression, il est douteux qu'il ait le pouvoir de dicter sa conduite à un Etat non membre, à l'occasion d'un conflit opposant un agresseur à un autre Etat ou aux Forces des Nations Unies.

Il est vrai que l'article 2/6 de la Charte dispose que « l'Organisation fait en sorte que les Etats qui ne sont pas membres des Nations Unies agissent conformément à ces prin-

cipes dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales », mais on sait que le sens et la portée de cette disposition restent controversés.

Alors que certains auteurs voient dans l'article 2/6 une disposition de nature essentiellement politique <sup>1</sup> ou une disposition dont la validité est fonction d'un degré d'effectivité institutionnelle que l'ONU ne possède pas <sup>2</sup>, il est d'autres auteurs qui ont voulu y voir la première manifestation d'un pouvoir mondial centralisé s'imposant au respect des tiers, dans la mesure requise par les exigences du maintien de la paix et de la sécurité internationales <sup>3</sup>.

Je ne crois pas que cette dernière doctrine puisse être acceptée par l'Institut. Sans doute, un Etat non membre ne peut-il, sans violer le droit international, prendre part aux hostilités aux côtés de l'agresseur désigné comme tel par le Conseil de Sécurité. Ce principe a été retenu dans une de nos Résolutions antérieures <sup>4</sup> qui dispose que la désignation de l'agresseur par le Conseil de Sécurité « s'étend de plein droit à tout autre Etat qui prendrait part aux hostilités aux côtés de l'agresseur ».

C'est ce même principe qui me semble avoir été consacré par la Commission du droit international dans le projet de Déclaration relatif aux droits et devoirs des Etats.

L'article 9 de ce projet dispose en effet que « Tout Etat a le devoir de s'abstenir de recourir à la guerre comme instrument

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> De Visscher, Ch.: Les effectivités du droit international public, 1967, p. 82.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Guggenheim, P.: Traité (2e éd.), Tome I, p. 201.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Kelsen, H.: The Law of the United Nations, p. 109; Scelle, G.: Cours de droit international public (1950), p. 625; Ross, A.: Constitution of the UN, 1950 (n° 4), p. 32. Voy. sur ce problème: Roucounas, E. J.: Le Traité et les Etats-Tiers, Rev. hell. 1964, pp. 299 et suiv., ainsi que Taubenfeld, H. J.: International actions and neutrality, AJIL 1953, pp. 377 et suiv.

<sup>\*</sup> Résolution XI, al. 1.

de politique nationale, et de s'abstenir de toute menace ou emploi de la force soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout autre Etat, soit de toute autre manière incompatible avec le droit ou l'ordre public international ».

L'article 10 du même projet dispose que « Tout Etat a le devoir de s'abstenir de prêter assistance à un Etat qui contrevient à l'article 9 ou contre lequel les Nations Unies entreprennent une action préventive ou coercitive ».

On relèvera que ce dernier texte a été retenu par la Commission, par préférence à un projet du Panama aux termes duquel un devoir était fait « à tout Etat » de prêter assistance à l'Organisation internationale.

Compte tenu de la genèse de l'article 9 du projet de Déclaration, je ne crois pas que l'on puisse prêter à la Commission l'intention d'avoir voulu condamner la neutralité en cas d'agression constatée et, moins encore, celle de soumettre les Etats non membres au pouvoir discrétionnaire du Conseil de Sécurité, dans la mesure où nous avons admis que ce pouvoir peut s'exercer à l'égard des Etats membres.

Même si l'on admet qu'un Etat non membre peut être à l'origine d'une situation constitutive d'une menace contre la paix et encourir de ce fait des sanctions sur base des articles 39 et 41 de la Charte, il me paraît difficile d'admettre que le comportement d'un Etat non membre, en tous points conforme au droit commun de la neutralité, puisse être considéré, en lui-même, comme constitutif d'une menace contre la paix.

Lorsque le Conseil de Sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression, il ne dispose, à mon avis, que d'un pouvoir de recommandation à l'égard des Etats non membres qui ne sont pas eux-mêmes coupables d'agression. De telles recommandations, qui revêtiront une autorité morale quant aux Etats non membres, vaudront décisions à l'égard de l'agresseur lui-même et, à ce titre, il y a vraisemblablement intérêt à ce que l'Institut adopte la Résolution suivante:

Dans tous les cas où il désigne comme agresseur une partie engagée dans des opérations militaires, le Conseil de Sécurité peut recommander aux Etats qui ne sont pas membres de l'Organisation d'adopter tels comportements dérogatoires au droit commun de la neutralité qui sont nécessaires au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales.

Le fait pour un Etat non membre de l'Organisation de se conformer à ces recommandations ne le prive pas du bénéfice de son statut de neutre et ne peut justifier la pratique, à son égard, d'aucune mesure de représailles.

## Section III

La Convention de La Haye du 14 mai 1954 relative à la protection des biens culturels en cas de conflit armé 1

Le problème de l'application de cette convention aux opérations militaires des Nations Unies ne soulève aucun problème de droit humanitaire. Il paraîtrait cependant étrange que les Forces des Nations Unies ne respectent pas une convention qui a été conclue sous les auspices d'une de ses agences spécialisées, en l'espèce l'UNESCO, et l'Institut reconnaîtra vraisemblablement qu'il est souhaitable que l'Organisation des Nations Unies manifeste clairement son intention à ce sujet.

Au point de vue formel, le problème de l'application de la convention aux opérations militaires des Nations Unies se présente de la manière suivante : Au même titre que les Conventions de Genève de 1949, la Convention de La Haye du 14 mai 1954 utilise une terminologie qui semble exprimer l'intention

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Voy. Nahlik, S. E.: La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé. Rec. Cours 1967, I, vol. 120, pp. 59 et suiv.

de ses auteurs de réserver la qualité de parties aux seuls Etats ou Puissances.

Toutefois, à la différence de la Conférence qui a élaboré les Conventions de Genève, la Conférence qui a préparé la Convention relative à la protection des biens culturels, a très nettement envisagé le problème de son application éventuelle aux Forces des Nations Unies. Les travaux préparatoires nous révèlent en effet que la délégation de la Grèce avait suggéré de rendre la Convention applicable aux « Hautes Parties Contractantes qui prendraient part à une action décrétée par l'ONU ». Cette suggestion fut combattue par le Dr. Saba, représentant de l'Unesco, qui la jugeait superflue dans la mesure où elle ne visait que les Hautes Parties Contractantes, et difficilement praticable dans la mesure où elle tendrait à obliger l'Organisation comme telle.

C'est à la suite de cet échange de vues que la délégation française suggéra à la Conférence l'adoption d'une résolution qui est devenue la Résolution I et qui est rédigée comme suit:

La Conférence émet le vœu que les organes compétents des Nations Unies décident que celles-ci, en cas d'action militaire entreprise en application de la Charte, feront en sorte que les forces armées participant à cette action, appliquent les dispositions de la Convention 1.

En fait, il semble que l'Organisation des Nations Unies ait tenu compte de ce vœu puisque l'obligation de respecter la Convention a été expressément mentionnée dans l'accord du 21 février 1966 conclu entre l'ONU et la Suède à propos des Forces de Chypre <sup>2</sup>.

Si l'on admet d'une part qu'il est souhaitable que les Forces des Nations Unies respectent la Convention de 1954 et, d'autre

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> P.V. de la Conférence de La Haye, p. 78.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Voy. le texte de cet accord dans Seyersted, op. cit., Annexe III, p. 445.

part, que les règles créées par cette Convention ne font partie ni du jus cogens ni du droit coutumier de la guerre, il convient de se demander selon quelle procédure la soumission des Forces des Nations Unies à la Convention pourrait être assurée.

Compte tenu des travaux préparatoires et de la terminologie de la Convention, je pense que l'Organisation comme telle ne peut pas devenir « Partie contractante » en utilisant la clause d'accession de l'article 32 qui vise expressément les seuls « Etats » <sup>1</sup>.

Les mêmes raisons me portent à croire que l'ONU n'a pas non plus la faculté de procéder à la déclaration prévue par l'article 18, 3°, qui est inspiré par l'article 2 des Conventions de Genève <sup>2</sup>.

Le résultat recherché pourrait donc être obtenu par l'insertion d'une disposition expresse dans le règlement des Forces ainsi que dans les accords conclus tant avec les Etats participants qu'avec les Etats hôtes.

On objectera peut-être que cette technique, qui assurera le respect de la Convention par l'ONU ne lui permettra pas d'en exiger le respect par la partie adverse, même si celle-ci est partie à la Convention. L'objection ne me paraît pas pertinente pour la raison que l'ONU, comme telle, ne possède ni territoire ni biens culturels.

En conclusion, je suggère l'adoption de la Résolution suivante:

Il est souhaitable que l'Organisation des Nations Unies donne suite à la Résolution I de la Conférence intergouvernementale pour la protection des biens culturels, en imposant à ses Forces le respect de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 relative à la protection des biens culturels en cas de conflit armé.

Bruxelles, le 15 février 1969.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Seyersted, op. cit., p. 354-360.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Contra: Seyersted, op. cit., p. 360.

## AVANT-PROJET DE RÉSOLUTIONS

Ţ

Au sens des présentes résolutions, il y a lieu d'entendre par Forces des Nations Unies tous corps armés institués par l'Organisation des Nations Unies et dont celle-ci a confié la direction et le contrôle suprême à un de ses organes, responsable devant elle, en dotant cet organe des prérogatives et des moyens nécessaires en vue de veiller à ce que les hommes et contingents placés sous son autorité exécutent les tâches qui leur ont été confiées par les résolutions de l'Organisation, dans l'intérêt du maintien de la paix et de la sécurité internationales ainsi que dans le respect du droit.

## П

Les obligations qui ont pour but de restreindre les horreurs de la guerre et qui sont imposées aux belligérants pour des motifs humanitaires par les conventions en vigueur, par les principes généraux de droit et par les règles du droit coutumier, doivent toujours être respectées à l'occasion des opérations militaires dans lesquelles les Forces des Nations Unies peuvent se trouver engagées.

Les obligations visées à l'alinéa précédent comprennent notamment :

- celles qui concernent le choix des armes, leur mode d'utilisation et les moyens de nuire à la partie adverse;
- celles qui sont inscrites dans les Conventions de Genève du 12 août 1949 :
- celles qui limitent les pouvoirs de l'occupant, sous réserve toutefois des décisions que le Conseil de Sécurité est habilité à prendre, sur base du Chapitre VII de la Charte des

Nations Unies, dans les limites précisées par les Résolutions suivantes.

#### Ш

- § 1. Quel que soit le mode de composition de ses Forces, l'Organisation des Nations Unies doit disposer des moyens nécessaires en vue de faire respecter par celles-ci les règles humanitaires du droit de la guerre.
- § 2. Lorsque les Forces des Nations Unies sont recrutées par engagements individuels, l'Organisation des Nations Unies est tenue d'édicter un règlement soumettant les membres de ses Forces à sa protection et à son autorité exclusives.

Ce règlement aura notamment pour objet de soumettre les membres des Forces des Nations Unies à des autorités de caractère international, disposant à leur égard des pouvoirs normatif, exécutif et juridictionnel nécessaires en vue d'assurer le respect effectif des règles humanitaires du droit de la guerre.

§ 3. Lorsque les Forces des Nations Unies sont formées de contingents nationaux à l'égard desquels l'organe compétent de l'Organisation n'aurait pas édicté un statut fondé sur les principes énoncés au § 2, le respect des règles humanitaires du droit de la guerre doit être prévu et garanti par le moyen d'accords conclus entre l'Organisation et les Etats participants.

Ces accords, dont il est souhaitable que l'Organisation des Nations Unies établisse le modèle, doivent prévoir, au minimum:

 a) que tout Etat participant doit être doté d'une législation militaire et disciplinaire prévoyant l'obligation, pour les membres de son contingent, de respecter les règles humanitaires du droit de la guerre;

- b) que tout Etat participant doit disposer de juridictions compétentes pour sanctionner, dans le chef des membres de son contingent, toute infraction aux règles humanitaires du droit de la guerre;
- c) que l'Organisation des Nations Unies disposera des moyens de contrôler, en tout temps et en tout lieu, le respect effectif des obligations inscrites dans ces accords et d'exiger réparation de tout manquement à ces obligations.

#### TV

L'application des règles conventionnelles du droit humanitaire de la guerre aux opérations militaires des Forces des Nations Unies n'est pas subordonnée à une adhésion formelle de l'Organisation aux conventions générales en vigueur.

Il est néanmoins souhaitable que l'Organisation des Nations Unies exprime clairement sa volonté d'assurer le bénéfice de ces règles aux membres de ses Forces et d'en faire respecter les dispositions par celles-ci.

A cette fin, l'Organisation des Nations Unies peut, soit adhérer formellement aux conventions en vigueur, soit constater par une résolution appropriée qu'elle se considère comme liée par elles dans toutes les opérations militaires auxquelles ses Forces pourraient être parties.

#### V

L'Organisation des Nations Unies a seule qualité pour exiger le respect des règles humanitaires du droit de la guerre au bénéfice de ses Forces et pour réclamer réparation des dommages illicites causés à ses Forces en violation de ces règles.

L'Organisation des Nations Unies est tenue d'assumer la responsabilité du respect des règles humanitaires par ses For-

ces et de réparer les dommages illicites causés par celles-ci en violation de ces règles.

Les litiges juridiques susceptibles d'opposer l'Organisation des Nations Unies et les Etats au sujet de l'interprétation et de l'application des règles de droit applicables aux Forces des Nations Unies doivent être réglés par des méthodes pacifiques et sur base du respect du droit.

#### VI

Il est souhaitable que les règlements des Forces des Nations Unies établissent des organes impartiaux et indépendants chargés de statuer sur les réclamations formées par les victimes des dommages illicites causés par les Forces des Nations Unies.

Dans la mesure où la compétence de ces organes a été imposée au respect des Etats Membres par l'Organisation des Nations Unies ou a été acceptée par l'Etat national de la victime, l'épuisement préalable des recours ainsi institués ou convenus constituera une condition de recevabilité de toute réclamation internationale ayant le même objet et fondée sur la même cause.

### VII

L'application effective des règles humanitaires du droit de la guerre par les Forces des Nations Unies exige que les individus susceptibles de faire partie de telles Forces aient reçu, au préalable, un enseignement adéquat portant sur l'ensemble de ces règles et, plus particulièrement, sur le sens et la portée des Conventions de Genève du 12 août 1949.

Il est souhaitable que l'Organisation des Nations Unies, ainsi que ses institutions spécialisées qui sont vouées au progrès de l'éducation et de la santé, prennent toutes mesures en leurs pouvoirs en vue de coordonner celles que les Etats parties aux Conventions de Genève se sont engagés à prendre en cette matière.

Il est également souhaitable que les mêmes organisations internationales accordent leur appui aux institutions nationales et internationales vouées à la diffusion et au progrès du droit humanitaire.

# VIII

En vue de garantir le respect effectif des règles humanitaires du droit de la guerre à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies, il est souhaitable que l'Organisation des Nations Unies institue un organisme international permanent et impartial capable d'assumer rapidement les tâches dévolues à la Puissance protectrice par les Conventions de Genève du 12 août 1949.

Les membres de cet organisme pourraient être désignés par l'Assemblée générale des Nations Unies sur présentation d'organisations telles que la Cour internationale de Justice, la Cour permanente d'arbitrage et le Comité international de la Croix-Rouge.

L'organisme visé par la présente Résolution, ainsi que ses membres, devraient bénéficier des privilèges, immunités et facilités nécessaires au bon exercice de leurs attributions.

#### TX

En vue d'assurer le respect effectif des règles humanitaires du droit de la guerre à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies, il est nécessaire que l'Organisation des Nations Unies veille à la présence, au sein de ses Forces, de services sanitaires, composés d'un personnel compétent suffisamment nombreux et dotés de moyens d'action proportionnés aux besoins prévisibles de telles opérations,

Lorsque la direction de ces services est confiée aux Etats participants, il appartient à l'Organisation de prendre toutes mesures en son pouvoir en vue de coordonner leurs activités.

# $\mathbf{X}$

Les règles du droit de la guerre et de la neutralité qui n'ont pas un caractère humanitaire doivent trouver application dans tous les conflits armés de caractère international aussi longtemps qu'une des parties n'a pas été désignée comme agresseur par le Conseil de Sécurité et quelles que soient les parties engagées dans ces conflits.

En aucun cas, un Etat membre de l'Organisation des Nations Unies ne peut se prévaloir du droit de la neutralité pour se soustraire aux obligations qui lui sont imposées par la Charte ou aux mesures obligatoires décrétées par le Conseil de Sécurité, soit avant, soit après le déclenchement des hostilités.

#### $\mathbf{x}$

Lorsque le Conseil de Sécurité a désigné comme agresseur une partie à un conflit armé, cette désignation s'étend de plein droit à tout autre Etat qui prendrait part aux hostilités aux côtés de l'agresseur.

Dans la même hypothèse, aucun Etat membre des Nations Unies ne peut se réclamer du droit de la neutralité pour se soustraire aux obligations qu'il a assumées en qualité de membre de l'Organisation et qu'il reste tenu d'exécuter de bonne foi.

# XII

§ 1. Dans tous les cas où il désigne comme agresseur une partie engagée dans des opérations militaires, le Conseil de Sécurité a le pouvoir d'adopter, dans la mesure nécessaire au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, toutes résolutions à l'intention des parties engagées dans ces opérations ainsi que des Etats membres non belligérants.

- § 2. Par dérogation au droit commun de la guerre et de la neutralité, et sous réserve du respect intégral des règles qui revêtent un caractère humanitaire, les résolutions visées au paragraphe premier peuvent notamment avoir pour objet:
  - a) d'interdire à l'agresseur :
    - tout internement, au titre de sujets ennemis, des agents des Nations Unies ou des ressortissants des Etats participant à la lutte contre l'agresseur, pour autant que ces personnes ne soient pas membres des Forces des Nations Unies ou des armées nationales opposées à l'agresseur;
    - toute atteinte aux biens privés des ressortissants de la victime de l'agression et des Etats membres de l'Organisation ainsi que des agents de l'Organisation des Nations Unies;
    - l'exercice du droit de prises et de blocus ainsi que de toutes pratiques relevant de la guerre économique.
  - b) d'autoriser la victime de l'agresssion, ses alliés et les Forces des Nations Unies qui occupent le territoire de l'agresseur, à déroger aux lois en vigueur dans ce territoire et d'y procéder à des réquisitions et contributions dans une mesure excédant les besoins des forces d'occupation. Toutefois, semblables mesures ne pourront être prises qu'en cas de nécessité et pour autant seulement qu'elles soient en rapport avec les ressour-

ces du pays et compatibles avec la subsistance des populations.

- c) d'autoriser ou d'obliger les Etats membres qui ne participent pas à la lutte armée contre l'agresseur à pratiquer une forme de neutralité qualifiée comportant notamment:
  - la rupture des relations diplomatiques et consulaires avec l'agresseur;
  - l'interruption de toutes formes d'assistance, directe ou indirecte, à l'agresseur, en matière militaire, économique, commerciale ou financière àinsi qu'en matière de communications de toute nature;
  - la non-reconnaissance des titres de propriété acquis par l'agresseur ou de tous autres actes ou transactions accomplis, par l'agresseur ou à la faveur de sa législation, en violation du droit de la guerre ou des résolutions adoptées par le Conseil de Sécurité;
  - l'octroi à la victime de l'agression, à ses alliés et aux Forces des Nations Unies, de fournitures et de subsides ainsi que de facilités en matière de communications et de transit.
- § 3. Sont illicites toutes mesures de représailles pratiquées par l'agresseur en raison de l'adoption ou de la mise en œuvre de recommandations ou décisions prises par le Conseil de Sécurité conformément aux présentes Résolutions.
- § 4. Sans préjudice des responsabilités individuelles et collectives dérivant du seul fait de l'agression, l'agresseur sera tenu de réparer tout dommage causé soit en violation des

lois et coutumes de la guerre, soit en violation des décisions prises à son égard par le Conseil de Sécurité.

## $\mathbf{x}\mathbf{m}$

Dans tous les cas où il désigne comme agresseur une partie engagée dans des opérations militaires, le Conseil de Sécurité peut recommander aux Etats qui ne sont pas membres de l'Organisation d'adopter tels comportements dérogatoires au droit commun de la neutralité qui sont nécessaires au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales.

Le fait pour un Etat non membre de l'Organisation de se conformer à ces recommandations ne le prive pas du bénéfice de son statut de neutre et ne peut justifier la pratique, à son égard, d'aucune mesure de représailles.

#### XIV

Il est souhaitable que l'Organisation des Nations Unies donne suite à la Résolution I de la Conférence intergouvernementale pour la protection des biens culturels, en imposant à ses Forces le respect de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 relative à la protection des biens culturels en cas de conflit armé.

# **OUESTIONNAIRE**

- I. Questions relatives à l'Introduction du rapport préliminaire.
  - Estimez-vous qu'il est souhaitable et possible de traiter, non seulement des opérations militaires des Nations Unies, mais également des opérations militaires des organisations régionales?
    - Dans l'affirmative, estimez-vous que les deux problèmes peuvent être traités simultanément ou séparément?
    - Si vous êtes d'avis que le problème de l'application du droit de la guerre aux opérations militaires des organisations régionales n'est pas mûr ou n'appelle aucune dérogation aux principes généraux du droit de la guerre, seriez-vous d'accord pour que votre rapporteur demande au Bureau d'être dispensé de traiter cette question?
  - 2. Etes-vous d'accord pour que le rapport aborde :
    - les conditions d'application du droit de la guerre aux Forces des Nations Unies?
    - la mesure de cette application?
    - les moyens d'assurer un respect effectif du droit de la guerre dans les opérations militaires des Nations Unies?
  - Etes-vous d'accord pour ne pas aborder les problèmes concernant :
    - la définition de l'agression?
    - la compétence des organes de l'ONU en matière de création des Forces ?

4. Avez-vous d'autres remarques à formuler à propos de l'étendue et de l'objet du rapport ainsi que de l'esprit dans lequel il est conçu?

# II. Questions relatives au Chapitre 1.

- 1. Estimez-vous qu'il est nécessaire de définir, pour les besoins d'interprétation des résolutions de l'Institut, la notion de « Forces des Nations Unies »?
- Dans l'affirmative, veuillez émettre toutes critiques au sujet du projet de définition contenu dans le rapport et dans la Résolution I.
- 3. Dans l'hypothèse où des opérations militaires seraient engagées par ou contre les forces d'une coalition d'Etats, agissant sur base d'une résolution de l'Organisation, estimez-vous que ces forces devraient bénéficier d'une dérogation quelconque à l'égard des lois et coutumes de la guerre alors qu'elles ne seraient pas placées sous la direction effective de l'Organisation?
- 4. Considérez-vous qu'il est possible et opportun de définir, par une résolution, le sens de l'expression « opérations militaires » ?
- 5. Avez-vous d'autres critiques ou suggestions à formuler à propos du Chapitre I?

# III. Questions relatives au Chapitre II.

 Estimez-vous nécessaire de consacrer une résolution à la justification de la soumission des Forces des Nations Unies aux règles humanitaires du droit de la guerre?

- 2. Etes-vous d'accord pour reconnaître qu'en affirmant la soumission des opérations militaires des Nations Unies aux règles humanitaires du droit de la guerre, l'Institut de Droit international s'est prononcé de lege lata?
- 3. Considérez-vous qu'il est souhaitable et possible de désigner de manière limitative les règles humanitaires du droit de la guerre?
- 4. Estimez-vous que les Conventions de Genève du 12 août 1949 peuvent être considérées comme faisant partie du droit coutumier?
- 5. Estimez-vous pertinentes les objections de droit ou de fait qui ont été soulevées en vue de contester à l'Organisation des Nations Unies la capacité ou la possibilité d'être titulaire des droits et obligations inscrits dans les Conventions de Genève? Veuillez critiquer, à cet égard, les développements contenus dans les paragraphes 3 et 4 du Chapitre II du rapport, ainsi que les Résolutions nos II, III, IV et V.
- 6. Quant aux moyens susceptibles de favoriser une meilleure application des règles humanitaires du droit de la guerre (§ 5 du Chapitre II du rapport), veuillez critiquer les Résolutions n° VI, VII, VIII et IX, et faire toutes autres suggestions utiles.

# [V. Questions relatives au Chapitre III.

1. Estimez-vous que la mise de la guerre hors la loi (par le Pacte Briand-Kellogg) ou l'article 2/4 de la Charte des Nations Unies ont modifié le jus in bello?

- 2. Estimez-vous qu'en l'absence de désignation formelle de l'agresseur, une discrimination quelconque entre parties belligérantes est licite ou obligatoire?
  - En est-il autrement lorsque des hostilités sont déclenchées entre une partie et les Forces des Nations Unies?
- 3. Estimez-vous que seul le Conseil de Sécurité a le pouvoir de procéder à la désignation de l'agresseur?
- 4. Quelle valeur faut-il attacher aux recommandations par lesquelles l'Assemblée générale inviterait les Etats membres à pratiquer des discriminations aux dépens d'un agresseur de fait ou d'un agresseur désigné formellement comme tel par le Conseil de Sécurité?
- 5. Veuillez critiquer la Résolution nº X.
- 6. Lorsque le Conseil de Sécurité a procédé à la désignation formelle de l'agresseur, estimez-vous que les Etats membres ou les Forces des Nations Unies :
  - peuvent pratiquer des discriminations, c'est-à-dire déroger aux lois et coutumes de la guerre et de la neutralité?
  - doivent automatiquement pratiquer de telles discriminations?
  - peuvent les pratiquer lorsqu'elles ont été recommandées par le Conseil de Sécurité?
  - doivent les pratiquer lorsqu'elles ont été ordonnées par le Conseil de Sécurité sur base des articles 39 et 41 de la Charte?
- 7. Estimez-vous que la pratique de la neutralité est incompatible avec la qualité de Membre de l'Organi-

- sation, lorsque celle-ci a procédé à la désignation formelle de l'agresseur?
- 8. Veuillez critiquer la Résolution nº XI.
- 9. Estimez-vous que les articles 39 et 41 de la Charte habilitent le Conseil de Sécurité à recommander ou à ordonner des discriminations dans l'application des règles non humanitaires du droit de la guerre, à l'égard d'une partie qui a été formellement désignée comme agresseur?
- 10. Dans l'affirmative, vous paraît-il nécessaire et possible d'énumérer limitativement ces discriminations? Veuillez critiquer la Résolution n° XII.
- 11. Les Etats non membres de l'Organisation, qui ne prennent pas part aux hostilités, peuvent-ils être obligés par le Conseil de Sécurité à pratiquer des discriminations à l'égard d'un agresseur désigné? Veuillez critiquer la Résolution nº XIII.
- 12. La Résolution n° XIV vous paraît-elle justifiée ou insuffisante?
- Veuillez émettre toutes critiques ou suggestions sur les points qui vous paraissent importants et que le rapporteur aurait négligé d'aborder.

# Les conditions d'application des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies

(Première Commission)

Rapport définitif
 présenté par

 M. Poul De Visscher

# INTRODUCTION GÉNÉRALE

# § 1. Procédure

A la suite du rapport préliminaire, qui a été adressé aux membres de la Première Commission le 26 février 1969, votre rapporteur a été saisi des observations écrites de MM. Castrén, Feinberg, Feliciano, François, Hambro, Jessup, Rousseau, Schachter et Seyersted <sup>1</sup>. A ces observations écrites, qui sont reproduites en annexe, il y a lieu d'ajouter les observations orales qui ont été formulées par MM. Hubert et Liang au cours des réunions que la Première Commission a tenues, à Nice (1967) et à Edimbourg (1969). Pour l'active collaboration qu'ils m'ont apportée, je tiens à exprimer ma sincère reconnaissance aux membres de la Première Commission.

Au cours de la séance qu'il a tenue à Paris, le 9 janvier 1970, le Bureau de l'Institut, tenant compte de l'état d'avancement de nos travaux, de la nécessité de mettre le rapport en discussion devant l'Institut au cours de la session de Zagreb et.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Les observations écrites de M. Seyersted nous sont parvenues au moment ou le présent rapport était sous presse.

enfin, des charges nouvelles qui m'ont été confiées par l'Institut, m'a autorisé à vous communiquer directement un rapport définitif qui pourra d'ailleurs, en cas de besoin, être complété à la suite des remarques nouvelles qu'il pourrait susciter.

# § 2. Intitulé du rapport

Au cours des réunions que la Commission a tenues en 1967 et en 1969, les membres de la Commission ont exprimé le vœu que l'intitulé du rapport soit modifié par suppression des mots « et des organisations régionales ». Le Bureau de l'Institut a marqué son accord à ce sujet. Si cette modification a pour conséquence que les Résolutions en projet ne viseront pas les forces armées constituées par des organisations régionales, en vue d'assurer l'exécution de leurs propres résolutions, elle ne préjuge pas la question de savoir si les forces armées d'une organisation régionale peuvent, dans certaines circonstances, être qualifiées de « Forces des Nations Unies ». Ainsi qu'il sera précisé plus loin, cette dernière question appelle une réponse affirmative, dans la mesure où les forces d'une coalition d'Etats ou d'une organisation régionale sont placées sous le contrôle effectif de l'Organisation des Nations Unies.

# § 3. Esprit général du rapport

Le rapporteur a été heureux de constater que l'esprit dans lequel il avait conçu le rapport préliminaire recueillait l'approbation générale de la Commission. Cet esprit peut se caractériser par le souci d'éviter les querelles purement doctrinales ou de nature essentiellement politique qui avaient singulièrement entravé la tâche de l'Institut au cours de sa session de Bruxelles. Au même titre que le rapporteur, les membres de la Première Commission sont d'avis qu'il convient de laisser en suspens des questions telles que la définition de l'agression ou

la compétence respective des divers organes de l'ONU en matière de création de forces armées, de manière à éviter que ces questions puissent diviser l'Institut, au point de faire obstacle à l'adoption de Résolutions concrètes et pratiques qui, sur le plan humanitaire spécialement, pourraient utilement contribuer à améliorer le sort des membres des forces des Nations Unies, celui des victimes des combats dans lesquels ces forces peuvent être engagées et, d'une manière plus générale, à établir une plus grande sécurité juridique dans l'application du droit de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies.

Dans le même souci d'aboutir à un ensemble de Résolutions revêtant une portée pratique, les membres de la Commission ont estimé qu'il était indispensable de ne pas remettre en question les Résolutions adoptées par l'Institut en 1963 sur le thème de « l'égalité d'application des règles du droit de la guerre aux parties à un conflit armé ».

# § 4. Plan du présent rapport

Au même titre que le rapport préliminaire, le présent rapport abordera le problème de l'application du droit de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies sur base de la distinction fondamentale que l'Institut lui-même avait établie, par ses Résolutions de 1963, entre les règles de caractère proprement humanitaire du droit de la guerre et les autres règles de ce droit. Toutefois, dans chacun de ces domaines, interviennent deux notions communes dont il convient, au préalable, d'éclaircir la portée. Ces notions sont celles de « Forces des Nations Unies », d'une part, et d'« opérations militaires », d'autre part.

En conséquence, le présent rapport sera divisé en trois chapitres traitant respectivement des sujets suivants :

Chapitre I — Notions générales.

Chapitre II — De la non-discrimination dans l'application des règles proprement humanitaires du droit de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies.

Chapitre III — Des conditions et de la mesure dans lesquelles il peut être dérogé au principe de la non-discrimination dans l'application du droit de la guerre et de la neutralité, à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies.

Chacun de ces chapitres a été rédigé sous la forme d'une synthèse ou d'une analyse des opinions émises par les membres de la Commission. Ces chapitres doivent évidemment se lire à la lumière des développements contenus dans le rapport préliminaire et des observations des membres de la Commission. L'ordre des Résolutions a été modifié, de manière à grouper successivement : les Résolutions de portée générale (I à IV), les Résolutions concernant spécialement les règles humanitaires (V à IX), celles qui concernent les règles non humanitaires, c'est-à-dire en fait les règles de la neutralité (X à XIV) et enfin celles qui ont trait, d'une part, aux responsabilités de la partie adverse et, d'autre part, à la protection des biens culturels (XV et XVI).

### CHAPITRE I

#### NOTIONS GÉNÉRALES

# § 1. Forces des Nations Unies (Résolution I)

a) Au cours de la réunion que la Commission a tenue à Edimbourg en 1969, tous les membres sont tombés d'accord pour convenir que la définition proposée des «Forces des Nations Unies» ne devait pas être présentée comme ayant une

portée générale dont il serait permis de se prévaloir dans des matières étrangères à l'application du droit de la guerre. En conséquence, il a été convenu que la Résolution I débuterait par les mots « Aux fins d'application des présentes Résolutions, il y a lieu d'entendre par Forces des Nations Unies ... ».

b) Plusieurs membres de la Commission, à savoir : MM. Feinberg, Feliciano, Jessup, Seyersted et Schachter, ont estimé que la définition ad hoc, contenue dans la Résolution I, devrait être assouplie de manière à pouvoir, éventuellement, s'appliquer aux forces d'un ou de plusieurs Etats auxquels l'Organisation estimerait devoir confier l'exécution de ses propres résolutions.

J'ai donné suite à cette proposition dans la nouvelle rédaction de la Résolution I qui ne précise plus que les Forces des Nations Unies doivent nécessairement être « instituées » par l'Organisation elle-même. De même, à la demande de MM. Seversted et Hambro, j'ai supprimé, comme superflu ou équivoque, le dernier membre de phrase qui précisait que les Forces des Nations Unies sont celles qui exécutent les résolutions de l'Organisation « dans l'intérêt du maintien de la paix et de la sécurité internationales ainsi que dans le respect du droit ». Cette suppression me paraît justifiée pour la raison avancée par M. Hambro qui a relevé qu'ou bien « cet alinéa va de soi » ou bien « ajoute une autre condition pour l'existence même d'une force des Nations Unies, et cela est assez dangereux car l'Etat impliqué dans un conflit peut prétendre que ces conditions ne sont pas remplies et, partant, que l'unité en question n'est pas une partie des forces des Nations Unies ».

Les membres de la Commission, qui ont souhaité un certain assouplissement de la définition ad hoc contenue dans la Réso-

lution I, ont marqué leur accord quant au maintien, dans cette Résolution, de la notion de contrôle de l'Organisation sur les forces susceptibles d'être qualifiées de Forces des Nations Unies.

Je me réjouis de cette position car je considère que ce critère est capital, non seulement pour permettre d'identifier le titulaire des droits et devoirs dérivant du droit de la guerre, mais aussi pour légitimer la pratique de dérogations éventuelles à la règle générale de l'égalité entre les parties engagées dans des opérations militaires.

Au sein de la Commission on a cependant fait valoir certaines objections à l'égard de ce critère de contrôle.

Selon M. Seyersted, la discrimination dans l'application du droit de la guerre est fonction, non pas tant du fait que les opérations en cours peuvent être qualifiées d'opérations militaires des forces des Nations Unies, que de l'existence d'un acte d'agression.

En réponse à cette opinion, je relèverai d'abord que la Commission a pour mandat de préciser la position, au regard du droit de la guerre, des seules Forces des Nations Unies et qu'en élaborant des résolutions, à cet effet, elle ne doit pas préjuger la question plus générale de l'application du droit de la guerre en cas d'agression. Je rappellerai en outre que, malgré les efforts déployés par le Comité spécial institué par l'Assemblée générale en vue de lui proposer une définition de l'agression, semblable définition n'existe pas pour l'instant. Dans ces conditions, et tenant compte tout spécialement du fait que les membres de la Commission sont d'accord avec le rapporteur pour reconnaître qu'une distinction nette entre les règles du droit humanitaire de la guerre et autres règles de ce droit est extrêmement difficile à établir, je pense qu'il serait dangereux d'adopter le critère de l'agression comme justifiant, à lui seul, l'abandon du principe de l'égalité de traitement à l'occasion d'opérations militaires relevant du domaine des mesures de sécurité collective. J'ajouterai que l'Organisation des Nations Unies, parce qu'elle est spécialement vouée à la défense et à la promotion des Droits de l'Homme, doit faire preuve en cette matière d'une prudence toute spéciale, de manière à éviter qu'en prenant des libertés excessives avec les règles du droit de la guerre, son exemple puisse être invoqué par tout Etat qui estimerait être victime d'une agression.

Selon certains membres de la Commission (MM. Jessup, Schachter et Seyersted), le mot « organe » utilisé par l'avant-projet de résolutions en son article I devrait être omis pour cette raison que le Secrétaire général ou le Commandant en chef de Forces ne sont pas des organes de l'ONU au sens de la Charte. Cette observation est exacte et il en a été tenu compte dans la rédaction définitive de la résolution, qui a été quelque peu abrégée.

Le critère du contrôle qui est à la base de la définition contenue dans la Résolution I est-il, lui-même, un critère précis? C'est la question qu'a soulevée M. Feliciano qui, sans suggérer une définition nouvelle, s'interroge sur le sens de l'expresion « direction et contrôle suprême ». M. Feliciano ayant lui-même demandé que la définition contenue dans la Résolution I soit rédigée en termes plus larges pour pouvoir embrasser, non seulement les forces instituées par l'Organisation comme telle, mais aussi les forces étatiques ou pluriétatiques auxquelles l'Organisation estimerait devoir confier l'exécution de ses propres résolutions, conviendra sans doute qu'il n'est pas possible d'énumérer, de manière exhaustive, tous les facteurs susceptibles de constituer le contrôle de l'Organisation sur des Forces des Nations Unies. La diversité même des situations de fait condamne le rapporteur à faire état d'un critère général et abstrait. Comme tout concept qui tente de cerner une situation caractérisée par un certain degré d'intensité, le concept de contrôle ne peut être défini par le procédé d'une énumération de ses éléments constitutifs. Le contrôle de l'Organisation sur les forces qualifiées de « Forces des Nations Unies » sera nécessairement formé d'un faisceau de compétences et d'attributions dont les divers éléments ne devront pas nécessairement être présents dans chaque cas d'espèce mais dont l'ensemble global devra être suffisamment ferme et cohérent pour justifier une allégeance effective des forces à l'égard de l'Organisation comme telle.

J'observerai au surplus que si la Résolution I se borne à énoncer le principe du contrôle de manière abstraite, les Résolutions suivantes dégagent de ce principe de nombreuses conséquences concrètes.

Plus particulièrement, la Résolution II (ancienne Résolution III) tend à faire application du principe du contrôle en envisageant les deux modalités principales que peuvent présenter les Forces des Nations Unies, selon qu'elles sont constituées d'individus recrutés par voie d'engagements individuels ou de contingents nationaux. Bien que la Résolution II avait été primitivement concue dans le cadre des exigences propres aux règles humanitaires du droit de la guerre, sa portée a été élargie de manière à pouvoir couvrir l'ensemble des autres résolutions. Cette Résolution II n'a, pour le surplus, soulevé d'observations que de la part de M. Seversted qui a suggéré de substituer l'expression « Etat fournisseur de contingent » à l'expression « Etat participant » aux opérations militaires, et qui souhaiterait, en outre, que l'Institut émette un vœu en faveur de l'élaboration, par les Nations Unies, d'un code pénal à l'intention des forces des Nations Unies. Selon M. Seversted, il conviendrait, enfin, que cette Résolution précise, d'une part, que les Etats fournissant les contingents seront tenus d'exercer la compétence juridictionnelle sur leurs contingents, dans la mesure où l'Organisation elle-même ne dispose pas de cette compétence et, d'autre part, que les mêmes Etats nationaux seront tenus, en cas de plainte de l'ONU, d'instruire ces plaintes et de statuer à leur égard en application du droit matériel applicable.

Je crois que l'idée générale dont s'inspirent les remarques de M. Seyersted est, au moins implicitement, suggérée par l'alinéa 3 de la Résolution II (contingents nationaux à l'égard desquels l'Organisation n'aurait pas édicté un statut fondé sur les principes énoncés dans l'alinéa précédent). J'hésite, pour l'instant, à en développer toutes les implications, compte tenu du fait que la majorité de la Commission a engagé le rapporteur à faire un effort de concision dans la rédaction des Résolutions définitives.

# § 2. Opérations militaires

Pour désigner la situation de fait dans laquelle le droit de la guerre doit s'appliquer aux forces des Nations Unies, le rapport préliminaire et les Résolutions qui y sont annexées ont utilisé l'expression « opérations militaires » par préférence aux expressions « guerre » ou « conflit armé » dont plusieurs auteurs estiment qu'elles conviennent mal aux mesures de contrainte armée ou de police internationale que l'Organisation des Nations Unies est habilitée à prendre.

L'expression « opérations militaires » a été considérée comme judicieusement choisie par tous les membres de la Commission. Certains membres se sont bornés à observer que l'expression « opérations militaires » devait être entendue au sens de « guerre matérielle », de manière à la distinguer des mesures de simple police, telles que la répression d'une émeute, le maintien de l'ordre interne, les patrouilles de contrôle, etc. Cette remarque, qui a été faite spécialement par MM. Schachter et Feliciano, exprime parfaitement la pensée

du rapporteur qui ne croit cependant pas pouvoir utiliser, dans le texte des Résolutions, l'expression doctrinale de « guerre au sens matériel du terme » à l'endroit de laquelle MM. Feinberg et Jessup ont formulé de très nettes réserves.

#### CHAPITRE II

# DE LA NON DISCRIMINATION DANS L'APPLICATION DES RÈGLES PROPREMENT HUMANITAIRES DU DROIT DE LA GUERRE AUX OPÉRATIONS MILITAIRES DES NATIONS UNIES

# § 1. Notions générales

En excluant, quant aux actions entreprises par les Nations Unies, toute possibilité de discrimination dans l'application des règles proprement humanitaires du droit de la guerre, et en laissant entrevoir pareille possibilité dans l'application des règles qui ne revêtiraient pas ce caractère, la Résolution adoptée par l'Institut, au terme de la session de Bruxelles, invitait logiquement la Commission à établir une classification des diverses règles du droit de la guerre dans chacune de ces deux catégories.

J'ai exposé, dans le rapport préliminaire, les raisons pour lesquelles il m'est apparu à la fois impossible et dangereux de procéder à pareille classification. Je n'ai pas à revenir sur ces développements qui ont pleinement convaincu la Commission et que viennent encore étayer les observations de M. Feliciano.

Faute de pouvoir distinguer nettement entre les règles humanitaires du droit de la guerre et les règles qui ne revêtent pas ce caractère proprement humanitaire, fallait-il se résoudre —

5

comme le laisse entendre M. François — à renoncer à toute idée de discrimination? Telle n'est pas l'opinion de la Commission qui, dans sa grande majorité, n'entend pas remettre en question le principe dont s'inspire la seconde partie de la Résolution de Bruxelles. Si j'interprète fidèlement la pensée de la majorité des membres de la Commission, je crois pouvoir affirmer que, tout en souhaitant qu'un certain régime de discrimination puisse être consacré — quant à l'application des règles non humanitaires du droit de la guerre — à l'occasion des opérations militaires des Forces des Nations Unies, les membres de la majorité souhaitent que ce régime discriminatoire soit limité et placé sous le contrôle direct du Conseil de Sécurité. Par ailleurs, les membres de la Commission souhaitent, dans l'ensemble, que des résolutions précises viennent garantir le respect effectif des règles humanitaires du droit de la guerre à l'occasion des opérations des Forces des Nations Unies.

Les développements ci-dessus éclairent le sens de l'ancienne Résolution II (nouvelle Résolution V) dont le premier alinéa est la reproduction quasi littérale de la première Résolution adoptée par l'Institut en 1963, et dont le second alinéa n'a d'autre objet que d'illustrer le premier par des exemples. La Commission ayant unanimement admis, lors de la séance qu'elle a tenue à Edimbourg, qu'il convenait de ne pas remettre en discussion les Résolutions de Bruxelles, je n'ai apporté aucun amendement à l'alinéa 1 de l'ancienne Résolution II (nouvelle Résolution V) dans lequel M. Seyersted eût souhaité qu'il ne soit pas fait mention des « conventions en vigueur ».

Quant à l'alinéa 2 de cette Résolution, je constate qu'aucun membre de la Commission n'en souhaite la suppression pure et simple. Deux questions ont cependant été soulevées à propos de l'énumération contenue dans cet alinéa.

- a) Convient-il de citer expressément les « Conventions de Genève du 12 août 1949 »? Si cette référence paraît en effet essentielle à la majorité de la Commission, sa pertinence est cependant contestée par M. Seyersted qui préférerait une référence « aux règles relatives au traitement des blessés, malades, prisonniers, civils et autres victimes de la guerre ». Les scrupules de M. Seyersted me paraissent découler de l'opinion qui est la sienne quant aux Conventions de Genève qui, selon lui, n'ont pas acquis un caractère coutumier dans l'ensemble de leurs dispositions. Cette question sera abordée plus loin.
- b) Convient-il de citer expressément, parmi les obligations qui lient l'Organisation « celles qui limitent les pouvoirs de l'occupant »? Selon M. Feinberg cette référence pourrait être omise parce que, dans la mesure où le droit de l'occupation édicte des règles de caractère humanitaire, ces règles ont été incorporées dans la IVe Convention de Genève, parfois même avec certaines améliorations. Pour donner suite à la suggestion de M. Feinberg, il faudrait avoir la certitude absolue qu'en dehors des dispositions du droit de l'occupation qui ont été incorporées dans la IVe Convention de Genève, il n'est aucune autre règle, écrite ou coutumière du droit de l'occupation, qui ne possède un caractère humanitaire. N'ayant pas cette certitude, i'ai maintenu, dans la rédaction définitive de la nouvelle Résolution V, la référence au droit de l'occupation que je considère comme essentiellement dicté par des considérations humanitaires.
- c) En commentant l'ancienne Résolution II, certains membres de la Commission ont émis des doutes au sujet de la faculté reconnue à l'Organisation de déroger à certaines règles du droit de l'occupation. Ce point sera abordé à propos des Résolutions qui concernent spécialement le régime des exceptions au principe de l'égalité d'application du droit de la

guerre à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies. Qu'il me suffise d'observer, pour l'instant, que les Résolutions nouvelles ne citent plus, parmi les exemples de discriminations, la possiblité d'une dérogation au droit de l'occupation. Il y a donc lieu de maintenir la référence au droit de l'occupation dans la nouvelle Résolution V.

# § 2. De l'opposabilité des règles du droit humanitaire de la guerre à l'Organisation des Nations Unies.

Tous les membres de la Commission sont d'accord pour considérer que l'Organisation des Nations Unies, comme telle, peut être liée par le droit de la guerre à l'occasion des opérations militaires des forces soumises à son contrôle. De même, tous les membres de la Commission ont estimé que l'Institut s'était prononcé de lege lata, en affirmant, en 1963, la soumission des actions entreprises par les Nations Unies aux « obligations ayant pour but de restreindre les horreurs de la guerre et imposées aux belligérants pour des motifs humanitaires par les conventions en vigueur, par les principes généraux du droit et par les règles du droit coutumier ».

Nul n'ignore qu'en matière humanitaire, le problème crucial de notre sujet consiste à décider l'Organisation des Nations Unies à reconnaître sa soumission complète aux Conventions de Genève et non seulement à « l'esprit et aux principes » de ces Conventions.

Je crois qu'en reprenant sur ce point les arguments exposés par M. Seyersted, le rapport préliminaire a démontré que les dispositions contenues dans les Conventions de Genève n'étaient pas incompatibles avec la nature et les structures de l'ONU. Je constate d'ailleurs que les membres de la Commission ont été unanimes pour considérer que l'ONU avait non seulement la capacité mais aussi la « possibilité » d'être titu-

laire des droits et obligations inscrits dans les Conventions de Genève.

En vue de justifier l'obligation qui incombe à l'ONU de respecter les Conventions de Genève, à l'occasion des opérations militaires de ses forces, j'avais invoqué le caractère coutumier que les dispositions de ces Conventions ont acquis, près de vingt ans après leur entrée en vigueur. Si cette opinion est partagée par MM. Castrén, François, Jessup et Rousseau, elle est cependant mise en doute par MM. Feinberg, Feliciano, Hambro, Seyersted et Schachter, la plupart de ces confrères étant d'avis que les Conventions de Genève contiennent certaines règles techniques ou nouvelles qui, faute d'une pratique suffisamment constante et générale, peuvent difficilement prétendre au rang de coutumes 1.

Si, au seuil de ce rapport, je n'avais pas pris l'engagement d'éviter les querelles de portée purement doctrinale, dont la solution n'est pas indispensable à la justification des Résolutions, j'aurais consacré quelques développements à ce problème en faisant état de l'arrêt prononcé par la Cour dans l'affaire des plateaux continentaux de la Mer du Nord. J'aurais relevé aussi que, dans une matière où l'application de la règle de droit est subordonnée à la survenance d'un événement, en principe illicite et en tous cas anormal, on ne peut pas exiger pour la formation de la coutume un type de pratique identique à celle que l'on est en droit d'attendre d'une règle qui affecte les attributs naturels et journaliers de la souveraineté.

J'ai renoncé à développer ces arguments lorsque, à la suite de la réunion tenue par la Commission à Edimbourg, j'ai constaté que tous les membres de la Commission considéraient que le contenu des Conventions de Genève pouvait être considéré comme obligeant l'ONU au titre de « règles généralement

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Voy. Seyersted, pp. 181 et 182.

acceptées par les Etats » ou de « règles du droit international généralement reconnues ».

Si tous les membres de la Commission partagent l'opinion du rapporteur selon laquelle il faut lever l'équivoque qui règne quant à la mesure dans laquelle l'ONU est liée par les Conventions de Genève, en revanche, plusieurs membres éprouvent des doutes quant à la possibilité ou quant à l'opportunité pour l'ONU de procéder à une adhésion formelle à ces Conventions. Selon M. Jessup, il paraît préférable de provoquer l'adoption d'une résolution de l'Assemblée générale, du type de celle qui a été adoptée à propos des règles de Nuremberg, résolution qui affirmerait que les Conventions de Genève font partie du droit international généralement reconnu. Cette opinion, qui semble partagée par la majorité de la Commission, a inspiré la nouvelle rédaction de la Résolution.

Le fait que l'ONU comme telle soit titulaire de droits et obligations sur base du droit humanitaire implique qu'elle ait qualité pour exiger le respect de ce droit au bénéfice de ses forces et qu'elle puisse être tenue pour responsable des actes illicites commis par ces mêmes forces. L'ancienne Résolution V annexée au rapport préliminaire avait pour objet d'affirmer cette conséquence. La substance de cette Résolution est reprise dans la nouvelle Résolution III. Cette Résolution n'a soulevé d'objection que de la part de M. Hambro qui considère qu'en affirmant que l'Organisation a « seule » qualité pour exiger le respect des règles humanitaires du droit de la guerre au bénéfice de ses forces, la Résolution en projet « est en contradiction avec le principe établi par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Réparations » 1.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> L'observation de M. Hambro se réfère au passage de l'avis dans lequel la Cour, envisageant le conflit entre la protection diplomatique de l'Etat national et la protection fonctionnelle de l'ONU, constate que: « En pareil cas, il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité

On constatera que M. Hambro, qui ne voit « aucune raison pour ne pas permettre aussi à l'Etat (national du contingent) de demander des réparations », admet, au contraire, que l'Organisation soit seule responsable des dommages illicites provoqués par les membres des forces car c'est là, écrit-il, une « conséquence nécessaire du fait que les forces sont un organe de l'Organisation et non des Etats individuels ».

Personnellement, j'estime que la solution doit être identique dans les deux hypothèses car on ne concevrait pas, spécialement dans le cas d'actions reconventionnelles, comment il serait possible de dissocier les aspects actifs et passifs du droit de la responsabilité à l'occasion des agissements des forces.

Quant au fond du problème, je reste fermement convaincu de la nécessité de concentrer sur la personne juridique de l'ONU les attributs actifs et passifs de la responsabilité internationale. Ainsi qu'il a été exposé dans le rapport préliminaire, cette concentration est essentielle en vue de garantir l'effectivité du contrôle de l'Organisation sur les forces.

Il reste vrai, ainsi que l'a relevé M. Hambro, que cette solution peut difficilement être présentée comme l'expression du droit en vigueur, pour autant du moins que l'Institut ne remette pas en question le passage précité de l'avis consultatif du 11 avril 1949.

Bien que mes préférences aillent à l'ancienne rédaction, j'ai provisoirement fait droit aux observations de M. Hambro, en supprimant, dans le premier alinéa de la nouvelle Résolution III le mot « seule ». Dans le second alinéa, qui affirme la responsabilité de l'Organisation en raison des actes illicites provoqués par les Forces, j'ai ajouté les mots « sans préjudice de son recours éventuel à l'égard de l'Etat dont le contingent aurait agi fautivement ».

à l'un ou à l'autre, ou qui oblige soit l'Etat, soit l'Organisation de s'abstenir de présenter une réclamation internationale » (C.I.J., Recueil 1949, p. 185).

§ 3. Résolutions inspirées par le souci d'assurer le maximum d'effectivité dans le respect des règles humanitaires du droit de la guerre à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies.

Si tous les membres de la Commission considèrent, avec le rapporteur, que l'Institut ne doit pas se borner à énoncer des principes généraux mais doit aussi en dégager certaines conséquences pratiques, des hésitations paraissent exister, au sein de la Commission, sur le point de savoir jusqu'où il convient d'entrer dans le détail. Dans toute la mesure du possible, j'ai tenté de rédiger de manière plus concise les Résolutions en projet en veillant cependant à ne pas les vider de leur substance.

Ainsi qu'il a déjà été relevé, le dernier alinéa de l'ancienne Résolution V a été éliminé.

L'ancienne Résolution VI (nouvelle Résolution IV), qui a recu l'appui de la majorité de la Commission, soulève quelques doutes dans l'esprit de MM. Feliciano et Jessup. Si le principe dont s'inspire cette Résolution n'est pas mis en question par MM. Feliciano et Jessup, ceux-ci se demandent toutefois comment un organe, que l'ONU devrait nécessairement instituer elle-même pour statuer sur les réclamations formées par les victimes des Forces de l'ONU, pourrait être indépendant à son égard. L'observation est judicieuse et, pour mieux exprimer l'idée qui inspire la Résolution, il m'a paru préférable de parler « d'organes composés de personnalités indépendantes et impartiales ». Le seul but de la Résolution est en effet d'éviter que les réclamations dirigées contre les Forces soient instruites et tranchées par des commissions composées de membres du Secrétariat ou de membres des Forces elles-mêmes. Dans cette matière, qui a trait aux réclamations individuelles des victimes, il me paraît en effet que l'on peut difficilement constituer des commissions de réclamations de type paritaire où siégeraient, d'une part, les « représentants » de l'ONU et, d'autre part, les représentants de l'Etat national de la victime ou, moins encore, les représentants de la seule puissance territoriale. La faiblesse de ce dernier système a en effet été démontrée par l'expérience des Forces des Nations Unies au Congo.

La Résolution n'exclut pas la technique classique de la protection diplomatique : elle tend à subordonner la recevabilité de cette protection à l'épuisement préalable d'un recours de la victime, recours qu'il convient d'entourer du maximum de garanties d'impartialité.

Au sein de la Commission, M. Schachter est le seul membre qui ait souhaité la suppression de l'ancienne Résolution VI. D'une manière générale, M. Schachter, tout en se déclarant d'accord avec le but poursuivi par les anciennes Résolutions VI à IX, considère que ces Résolutions énoncent des règles trop détaillées d'ordre administratif. « Par exemple — écrit M. Schachter — je ne vois pas de raison suffisante pour suggérer, comme le fait la Résolution VI, la création par l'Organisation d'organes impartiaux et indépendants chargés de statuer sur les réclamations des victimes. Il est probable que des arrangements administratifs internes pourraient fonctionner de manière plus expéditive et plus efficace que des organes quasi juridictionnels. Mes préférences vont donc à la suppression de la Résolution VI ».

La Résolution VII a suscité deux observations, en sens contraire, de la part de M. Castrén et de M. Hambro. Alors que M. Castrén considère que cette Résolution est trop détaillée et ne devrait pas faire spécialement allusion aux Conventions de Genève, M. Hambro a exprimé le vœu que cette Résolution soit complétée, de manière à recommander aux Etats la création, à l'exemple des Etats scandinaves, d'une

« académie ou école pour l'entraînement des officiers destinés à servir dans les forces des Nations Unies. »

La Résolution VIII, relative au substitut de la Puissance protectrice, a été discutée par la Commission au cours de la session d'Edimbourg. A la suite de cette discussion, il a été convenu, soit de supprimer l'alinéa 2 de la rédaction primitive, soit, en tout cas, d'éliminer la référence que cet alinéa comportait à la Cour permanente d'Arbitrage. On observera également que M. Schachter formule des réserves quant au principe même dont s'inspire la Résolution VIII et suggère, au cas où cette Résolution devait être maintenue, d'en supprimer les alinéas 2 et 3. J'ai donné suite à cette dernière suggestion quant à l'alinéa 2.

#### CHAPITRE III

DES CONDITIONS ET DE LA MESURE
DANS LESQUELLES IL PEUT ÊTRE DÉROGÉ
AU PRINCIPE DE LA NON DISCRIMINATION,
DANS L'APPLICATION DU DROIT
DE LA GUERRE ET DE LA NEUTRALITÉ,
A L'OCCASION DES OPÉRATIONS MILITAIRES
DES NATIONS UNIES

# § 1. Introduction

C'est dans des limites assez étroites que le rapport préliminaire avait admis la possibilité de dérogations aux règles non humanitaires du droit de la guerre et de la neutralité à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies.

Cette prudence, qui s'inspirait des motifs qui ont été exposés au cours de la session de Bruxelles par plusieurs confrères et plus particulièrement par MM. Bindschedler et Castrén, m'avait incité, d'une part, à limiter essentiellement le domaine matériel des discriminations à celui de la guerre économique et, d'autre part, à subordonner les discriminations à la double condition que la partie adverse ait été désignée comme agresseur par le Conseil de Sécurité et que ce dernier ait, au surplus, recommandé ou décidé la mise en œuvre de certaines discriminations.

Cette attitude qui, dans l'ensemble, semble recueillir l'approbation de MM. Castrén, Feinberg, François, Hambro et Rousseau, a soulevé des critiques de la part de MM. Feliciano, Jessup et Schachter<sup>1</sup>. Ces critiques portent sur des questions fondamentales à l'égard desquelles l'Institut devra nécessairement prendre position. Elles ont essentiellement trait à la portée du droit commun de la guerre et de la neutralité, en cas d'agression, ainsi qu'à la portée de certaines dispositions de la Charte des Nations Unies.

D'une manière générale, j'ai tenté, dans les nouvelles Résolutions, de donner satisfaction à ceux des membres de la Commission qui ont jugé que mes positions étaient trop timides. C'est ainsi, notamment, que j'ai fait une place plus large au devoir de non-assistance à la partie adverse et que j'ai accepté la thèse de M. Schachter selon laquelle les pouvoirs du Conseil de Sécurité en vertu du Chapitre VII, l'habilitent, en cas d'opérations militaires des Forces des Nations Unies, à édicter des résolutions obligatoires dérogeant au droit de la neutralité, non seulement en cas d'agression mais aussi en cas de rupture de la paix ou de menace contre la paix. Le système préconisé par les Résolutions est essentiellement axé sur le Conseil de Sécurité dont la technique de vote compense

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Si l'on s'en rapporte à son ouvrage, M. Seyersted paraît également devoir être rangé parmi ceux qui contestent le bien fondé des résolutions examinées dans le présent chapitre.

le caractère éminemment politique que soulignent, une fois de plus, les observations de M. Feinberg. Sans doute, reprochera-t-on à ce système de limiter pratiquement le jeu des discriminations à l'hypothèse exceptionnelle d'une unanimité entre les Cinq grandes puissances. La remarque est exacte, mais suffit-il de constater que le système du veto est de nature à paralyser la mise en œuvre des pouvoirs dévolus au Conseil de Sécurité, pour déterminer l'Institut à donner sa caution à un régime de discriminations automatiques que ne consacre pas le droit commun et dont, au surplus, le besoin ne se fait sentir que sur le plan de la neutralité et de la guerre économique? Avec la majorité de la Commission je n'ai pas cru pouvoir m'engager dans cette voie pour les raisons qui seront développées dans les paragraphes suivants.

# § 2. La portée du droit commun de la guerre et de la neutralité en cas d'agression.

Le système du rapport préliminaire qui consistait à subordonner le déclenchement des discriminations à la condition d'une désignation formelle d'agresseur ainsi qu'à l'adoption par le Conseil de Sécurité de résolutions spécifiques à cet effet, a été critiqué par certains membres de la Commission qui ont émis l'opinion que les Forces des Nations Unies devraient, au minimum, disposer à l'égard de la partie adverse, des mêmes droits et privilèges que le droit commun reconnaît à un Etat en lutte avec un agresseur. Cette opinion est défendue, notamment, par MM. Jessup et Schachter. Selon M. Jessup, la discrimination est licite et obligatoire entre agresseur et victime, sans qu'il soit besoin d'une désignation formelle d'agresseur, et il en découle que cette solution s'impose a fortiori lorsque des hostilités sont engagées entre une partie et les Forces des Nations Unies. Quant à M. Schachter, qui précise

qu'il n'est pas partisan d'un régime de discrimination automatique « chaque fois que les Forces des Nations Unies sont impliquées dans un combat », il a mis en doute, non seulement l'exigence d'une désignation formelle d'agresseur, en tant que condition d'une discrimination dans les rapports entre les forces des Nations Unies et la partie adverse, mais aussi l'idée selon laquelle, en cas d'agression constatée, les discriminations devraient faire l'objet de résolutions spécifiques du Conseil de Sécurité.

Sur le premier point, le raisonnement de M. Schachter se fonde essentiellement sur la Charte des Nations Unies, notre confrère relevant, à ce propos, que le Conseil de Sécurité a été investi d'un ensemble de pouvoirs dont la mise en œuvre est possible non seulement en cas d'agression mais aussi en cas de rupture de la paix ou de menace contre la paix. Cet argument sera examiné dans le paragraphe suivant.

Quant au second point, je crois pouvoir résumer la pensée de M. Schachter de la manière suivante. Lorsqu'il y a eu désignation de l'agresseur « par l'Organisation » 1 le fait que la Charte habilite le Conseil de Sécurité à recommander ou à ordonner certaines discriminations, n'empêche pas que les Forces des Nations Unies doivent, au minimum, se voir reconnaître la même situation que celle qui, en droit commun, est reconnue à toute partie en lutte avec un agresseur.

Ainsi, les observations de MM. Jessup et Schachter tendent indirectement à demander à l'Institut de dépasser le cadre du droit spécifique de la Charte des Nations Unies et de se prononcer sur le problème général des conséquences de l'agression à l'égard du principe de non-discrimination dans l'application des règles non humanitaires du droit de la guerre.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Ainsi qu'il sera relevé plus loin, M. Schachter entend réserver la possibilité d'une désignation de l'agresseur par l'Assemblée générale.

Je souhaite, personnellement, que l'Institut ne s'engage pas dans cette voie car elle me paraît à la fois dangereuse et inutile. Elle est dangereuse, car je ne vois pas comment il serait possible de dégager les conséquences juridiques précises de l'agression à l'égard du principe de la non-discrimination dans l'application du droit de la guerre, avant que ne soit arrêtée une définition de l'agression recueillant l'accord des principaux Etats. Malgré les efforts réalisés par le Comité spécial de la définition de l'agression 1, pareille définition n'existe pas et ce n'est certainement pas l'Institut qui peut espérer l'élaborer à l'occasion de l'étude du présent rapport.

Au surplus, lorsqu'on s'interroge sur l'état du droit commun en la matière, il est extrêmement douteux que l'on puisse en dégager plus que la seule « faculté » reconnue aux Etats non belligérants de pratiquer, à leurs risques et périls et sur base de leur propre appréciation des faits, certaines discriminations entre l'agresseur et la victime <sup>2</sup>. Ce point de vue me paraît avoir été correctement exposé par M. Feliciano qui écrit, dans ses observations, que « le Pacte Briand-Kellogg et l'article 2/4 de la Charte des Nations Unies qui ont introduit une norme de droit international contemporain, autorisent les Etats, à titre individuel, à procéder à une désignation (de l'agresseur) pour leur compte et à discriminer aux dépens du belligérant qui a recouru à la force en violation de cette norme ».

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Le rapport soumis par le Comité à l'Assemblée générale au mois d'avril 1969 contenait trois propositions différentes. Voy. *Chron. men. ONU*, mars 1969, p. 46; avril 1969, p. 85; mai 1969, p. 61. — Le 12 décembre 1969, l'Assemblée générale a décidé que le Comité spécial reprendrait ses travaux à Genève au cours du second semestre de 1970.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Sans préjudice pour l'Etat tiers d'intervenir dans la lutte aux côtés de la partie qu'il considère comme victime de l'agression.

En dehors de cette faculté reconnue aux tiers, je ne crois pas que l'on puisse déceler, dans le droit commun, l'existence d'une règle permettant aux belligérants eux-mêmes de déroger au jus in bello dans leurs relations mutuelles. Pareil système reviendrait à donner ouverture aux discriminations dans les deux sens, chacune des parties se prévalant, pour ce faire, de l'agression dont elle prétendrait être la victime. Si l'on veut éviter cette escalade dans la discrimination, il faut nécessairement quitter le terrain du droit commun et se placer exclusivement sur celui de l'ordre juridique autonome de la sécurité collective tel qu'il a été institué par la Charte des Nations Unies.

La référence souhaitée par MM. Jessup et Schachter au droit commun, me paraît au surplus inutile. La tâche de la Commission ne consiste pas, en effet, à dégager du principe de la mise de la guerre hors la loi les conséquences qui en découlent dans une guerre entre deux Etats, ni même de préciser quels sont les pouvoirs dont dispose l'Organisation en vue d'autoriser ou d'ordonner des discriminations entre les parties engagées dans un conflit armé. Elle consiste uniquement à dégager les principes applicables à l'hypothèse d'opérations militaires auxquelles les Forces des Nations Unies comme telles pourraient êtres parties et, pour ce faire, il me paraît que l'Institut peut se fonder exclusivement sur la Charte.

Je reconnais volontiers que s'il faut éviter que les Résolutions en projet puissent être interprétées comme l'énoncé de principes fondés sur le droit commun, inversement, il convient d'éviter aussi qu'elles puissent être interprétées a contrario comme excluant tout régime de discrimination dans une guerre mettant en présence un agresseur et une victime.

C'est dans ce but que j'ai inséré, dans le préambule des nouvelles Résolutions, le passage suivant :

« Réservant l'étude du problème général des effets de la mise hors la loi de la guerre et du recours à la force sur le principe de non-discrimination dans l'application des règles non humanitaires du droit de la guerre et de la neutralité. »

# § 3. La désignation de l'agresseur est-elle une condition sine qua non à laquelle il convient de subordonner la pratique des discriminations entre les Forces des Nations Unies et la partie adverse?

Le rapport préliminaire avait répondu affirmativement à cette question et cette réponse était justifiée, dans mon esprit, par deux considérations. D'une part, il m'avait semblé naturel que si le droit commun de la guerre et de la neutralité n'admet la discrimination qu'en cas d'agression, il n'y avait aucune raison de se départir de ce principe dans l'hypothèse d'opérations militaires des Forces des Nations Unies. Cette considération me paraît actuellement pouvoir être écartée pour les raisons développées dans le paragraphe précédent où il a été soutenu que, dans la matière qui nous occupe, il convient de s'appuyer sur le droit de la Charte et non sur le droit commun.

Si, d'autre part, j'avais subordonné le déclenchement d'un système de discriminations entre les Forces des Nations Unies et la partie adverse à une désignation formelle d'agresseur, c'est parce que j'avais cru ne pas pouvoir exclure l'hypothèse d'hostilités déclenchées par les Forces elles-mêmes, à la suite d'un acte accompli *ultra vires*, soit par le Commandant des Forces, soit par un contingent faisant partie de celles-ci.

Le point de vue défendu sur ce point par le rapport préliminaire est sérieusement ébranlé par les observations de M. Schachter. Celui-ci a observé que, dans la mesure où l'on place le problème sur le seul terrain du droit de la Charte et qu'on limite les discriminations obligatoires au seul cas où celles-ci seraient imposées par des résolutions spécifiques du Conseil de Sécurité, il n'y a aucune raison d'exiger une désignation formelle d'agresseur. Le pouvoir du Conseil de Sécurité d'imposer la pratique des discriminations trouve en effet son fondement dans les articles 39, 41 et 42 de la Charte et ce pouvoir peut être mis en œuvre, non seulement en cas d'agression, mais aussi en cas de rupture de la paix et de menace contre la paix.

J'ai cru pouvoir me rallier à cette manière de voir qui, en isolant notre problème particulier du problème plus général de la portée du droit commun en matière de discriminations, a l'avantage d'éviter à l'Institut un débat difficile sur la définition de l'agression. Envisagée du point de vue politique, la solution esquissée par M. Schachter présente d'ailleurs les mêmes garanties que celles qui avaient été cherchées dans la désignation formelle de l'agresseur puisque la procédure selon laquelle le Conseil de Sécurité met en œuvre les mesures prévues aux articles 39, 41 et 42 de la Charte, n'est pas différente de celle qu'il est tenu de suivre pour constater un acte d'agression.

A supposer que l'Institut admette que le Conseil de Sécurité possède en monopole le pouvoir d'ordonner la pratique de certaines discriminations à l'occasion de toutes opérations militaires des Nations Unies, notre problème ne serait pas, pour autant, résolu et les questions suivantes devraient encore être abordées:

a) Quelles discriminations le Conseil de Sécurité peut-il recommander ou ordonner sur base des articles 39, 41 et 42 de la Charte?

- b) Si le Conseil de Sécurité constate que la partie opposée aux Forces des Nations Unies a commis un acte d'agression, sans pour autant recommander ou ordonner la pratique de discriminations, les Etats membres doivent-ils être considérés comme ayant le droit ou le devoir de pratiquer des discriminations?
- c) Y a-t-il lieu, en matière de discriminations, d'attacher des effets de droit à une désignation d'agresseur émanant de l'Assemblée générale?
- d) Quels sont les droits et devoirs des Etats membres, lorsque les Forces des Nations Unies sont engagées dans des hostilités de fait avec une partie que le Conseil de Sécurité n'a pas déclarée coupable d'un acte d'agression, d'une rupture de la paix ou d'une menace contre la paix et à l'égard de laquelle il n'a ni recommandé ni ordonné la pratique de discriminations spécifiques?
- e) Quel peut ou doit être le comportement des Etats qui ne sont pas membres de l'Organisation dans les diverses hypothèses évoquées ci-dessus?

Ces différentes questions seront abordées dans les paragraphes suivants :

# § 4. Des discriminations que le Conseil de Sécurité peut recommander ou imposer en vertu des articles 39, 41 et 42 de la Charte.

Il a été fréquemment relevé que si l'article premier de la Charte impose à l'Organisation le devoir d'agir conformément au droit et à la justice, lorsqu'elle est appelée à réaliser l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations susceptibles de mener à une rupture de la paix, pareille limitation ne lui est pas imposée lorsqu'elle est appelée à prendre « des

mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écarter les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autres ruptures de la paix. »

Je ne crois pas que l'on puisse déduire de là que le Conseil de Sécurité dispose d'un pouvoir arbitraire dans le choix des mesures et sanctions qu'il édicte en vertu des articles 39, 41 et 42 de la Charte. Non seulement ces mesures doivent être proportionnées à la finalité qui les justifie, mais encore doivent-elles être compatibles avec le respect intégral des règles humanitaires du droit de la guerre. Il n'y a plus lieu de revenir sur cette dernière limitation qui a été nettement affirmée par l'Institut et dont le respect effectif n'est actuellement garanti que par les procédures de vote imposées au Conseil de Sécurité par la Charte ainsi que par la vigilance de l'opinion publique.

Dès l'instant où les règles humanitaires du droit de la guerre et de la neutralité sont respectées, dès l'instant aussi où le Conseil de Sécurité agit dans le domaine du Chapitre VII et adopte les mesures nécessaires au maintien ou au rétablissement de la paix en respectant la procédure de vote qui lui a été imposée par l'alinéa 3 de l'article 27, il lui est permis d'imposer « aux Etats membres » la pratique de toutes discriminations quelconques entre les Forces des Nations Unies et la partie adverse, à l'exception cependant de ces discriminations qui sont subordonnées, par l'article 43 de la Charte, à la conclusion d'accords spéciaux.

Reconnaître que le Conseil de Sécurité a le pouvoir d'imposer des discriminations dans l'application des règles non humanitaires du droit de la guerre, pour autant qu'il agisse sur base du Chapitre VII de la Charte, n'équivaut pas à reconnaître qu'il serait sage ou opportun pour le Conseil de Sécurité de s'engager dans cette voie. Sur ce plan de l'opportunité, le Conseil de Sécurité aura à tenir compte, non seulement des exigences objectives du maintien de la paix, mais aussi des chances que ses résolutions ont d'être effectivement obéies et du risque de voir ces mêmes résolutions inciter la partie adverse à pratiquer des représailles.

Si le point de vue exposé ci-dessus est exact, il convient de se demander si nos Résolutions doivent citer expressément les matières dans lesquelles le Conseil de Sécurité est en droit d'imposer la pratique de discriminations sur base des articles 39, 41 et 42 de la Charte.

De toute évidence, pareille énumération ne pourrait être ni exhaustive ni limitative, puisqu'il a été reconnu par la Commission qu'il n'est pas possible de séparer de manière rigide les règles du droit de la guerre qui ont un caractère humanitaire de celles qui ne l'ont pas. Ce n'est donc qu'à titre d'exemples que l'Institut pourrait, éventuellement, citer certaines dérogations susceptibles d'être édictées, soit à l'intention des Forces, soit à l'adresse de la partie adverse, soit à l'adresse des Etats non belligérants.

Le rapport préliminaire avait tenté de procéder de la sorte et cette méthode me paraît appeler aujourd'hui les remarques suivantes:

a) Quelle que soit l'opinion des membres de la Commission au sujet des questions de principe soulevées par le rapport, je constate qu'aucun membre de la Commission ne suggère de citer dans les Résolutions un type déterminé de dérogations que les Forces des Nations Unies pourraient pratiquer en matière de belligérance proprement dite. Bien plus, la Résolution qui visait à permettre expressément au Conseil de Sécurité d'autoriser les Forces des Nations Unies qui occuperaient le territoire d'un agresseur, à déroger aux lois en vigueur dans ce territoire, voire même à y procéder à des réquisitions et contributions dans une mesure excédant les besoins des forces

d'occupation, n'a guère trouvé d'appui au sein de la Commission et a soulevé des réserves très nettes de la part de MM. Castrén, Feinberg et Seyersted. Au surplus, et sans pour autant attribuer à l'ONU la qualité de belligérant, il est difficilement concevable que l'Organisation puisse, lorsqu'elle est engagée dans des opérations militaires, se dispenser ellemême de l'obligation de respecter les règles du jus in bello.

b) De la même manière, et quelle que soit leur opinion sur le plan des principes, les membres de la Commission ne m'ont pas suggéré de citer, à titre d'exemples, certaines dérogations que le Conseil de Sécurité pourrait imposer à la partie adverse en vue de lui interdire certaines pratiques de belligérance admises en vertu du droit commun de la guerre. A cet égard, les membres de la Commission me paraissent douter de l'efficacité de telles interdictions édictées durante bello. Au surplus, si l'on part du principe que l'illicéité de l'agression entraîne l'illicéité des actes accomplis par l'agresseur, on ne voit pas pourquoi l'on interdirait à celui-ci telle pratique de belligérance et non telle autre.

Les tendances de la Commission en cette matière rejoignent celles de la majorité de la doctrine. On observera, en effet, que si plusieurs auteurs se déclarent, en principe, en faveur de la compétence du Conseil de Sécurité de déroger durante bello à l'égalité de traitement dans les rapports des belligérants entre eux, ces mêmes auteurs sont beaucoup plus hésitants lorsqu'il s'agit de dégager de ce principe des conséquences précises en matière de représailles, de moyens de nuire à l'ennemi ou de pouvoir de l'occupant <sup>1</sup>. On notera enfin que, dans une large mesure, le but recherché par des interdictions adressées à l'agresseur peut être atteint, de manière tout aussi efficace, par l'effet de résolutions recommandant ou ordonnant aux Etats

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Voy. notamment Bowett, pp. 484 et suiv.; Seyersted, pp. 297-298,

membres non belligérants de refuser effet à certaines mesures édictées par la partie adverse. Il en est tout particulièrement ainsi des mesures de guerre économique.

c) Ainsi se confirme l'opinion qui s'était déjà fait jour au sein de l'Institut, au cours de la session de Bruxelles¹, et selon laquelle le vrai problème est celui des Etats membres non belligérants dont il importe de préciser les droits et les devoirs, soit lorsqu'un conflit armé oppose un Etat à un agresseur, soit — ce qui est l'objet de notre étude — lorsque les Forces des Nations Unies sont engagées dans des opérations militaires.

Les Résolutions soumises à l'Institut auront donc pour objet essentiel d'énoncer un régime de discriminations à l'intention des Etats non belligérants. Ce régime fait l'objet des Résolutions XII et XIII qui concernent respectivement les Etats membres et les Etats non membres. Sous réserve de la Résolution XI qui prévoit l'extension d'office de la qualification d'agresseur à tout Etat qui prend part aux hostilités aux côtés de l'agresseur, la résolution XII, qui a trait aux devoirs des Etats membres, énonce des règles destinées à trouver application « dans tous les cas où les Forces des Nations Unies sont engagées dans des opérations militaires » et non seulement dans le seul cas où les Forces sont engagées dans une opération préventive ou coercitive. Nous avons pu adopter ce système pour la raison qu'à notre avis, la désignation d'agresseur ou la constatation par le Conseil de Sécurité d'une menace contre la paix ou d'une rupture de la paix n'engendre pas, par ellemême, une obligation automatique de discrimination à charge des Etats membres non belligérants. Cet avis est d'ailleurs partagé par la majorité de la Commission, étant cependant

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Voy. notamment l'intervention de M. Ago, *Annuaire* 1963, vol. 50, II, pp. 322 à 324.

entendu qu'un Etat membre ne pourra jamais pratiquer une neutralité différentielle au bénéfice de la partie adverse.

Si ce postulat de base est admis, pour les raisons développées dans la suite du présent rapport, la mise en œuvre des discriminations aux dépens de la partie adverse dépendra, soit d'une décision librement assumée par chaque Etat membre, soit d'une résolution adoptée par le Conseil de Sécurité en vertu des articles 39 et 41 de la Charte.

Quant à leur objet, les discriminations dont la Résolution XII se borne à citer des exemples, consistent essentiellement à empêcher les Etats membres de pratiquer certaines facultés qui, selon le droit commun de la neutralité, sont licites ou obligatoires pour les neutres, mais qui, en l'espèce, peuvent être utiles à la partie en lutte avec les Forces des Nations Unies (maintien des communications et du commerce — tolérance en matière de recrutement de volontaires — séjour et ravitaillement des navires dans les ports — reconnaissance des mesures de guerre économiques).

Si le Conseil de Sécurité est en droit d'adopter toute résolution tendant à empêcher les Etats membres de prêter, directement ou indirectement, assistance à la partie adverse, est-il également en droit de leur imposer la pratique de certaines formes d'assistance active au bénéfice des Forces?

En principe, les obligations d'assistance active aux Forces des Nations Unies ne peuvent être imposées aux Etats membres qu'en vertu des accords spéciaux visés à l'article 43. Certains membres de la Commission ayant insisté sur ce point, j'ai supprimé la Résolution qui, dans sa rédaction primitive, reconnaissant au Conseil de Sécurité le pouvoir d'obliger les Etats membres à accorder « à la victime de l'agression, à ses alliés et aux Forces des Nations Unies, des fournitures, subsides, ainsi que des facilités en matière de communications et de transit ».

Est-ce à dire que toute forme d'assistance positive aux Forces des Nations Unies soit subordonnée à la conclusion d'accords spéciaux? La question reste discutée, certains auteurs <sup>1</sup> étant d'avis que le Conseil de Sécurité peut, sur base des articles 41 et 42 de la Charte, imposer aux Etats membres l'obligation d'aider positivement les Forces en adoptant des mesures « short of war » telles que des « démonstrations », des mesures de blocus, ou l'octroi aux navires des Nations Unies de facilités de ravitaillement ou de stationnement, dans des conditions plus favorables que celles qui sont prévues par la Convention XIII de La Haye concernant les droits et devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime.

Par ailleurs, il est permis de se demander si, en l'absence d'accords spéciaux, le Conseil de Sécurité n'est pas en droit d'imposer aux Etats membres de déroger au principe de l'impartialité, par exemple en leur interdisant d'interner les membres des Forces qui seraient refoulés sur leur territoire.

Le danger de cette interprétation tient, d'une part à la difficulté d'établir une frontière précise entre les mesures « short of war » et autres mesures d'assistance subordonnées à la conclusion d'accords spéciaux et, d'autre part, au risque de voir la partie adverse prendre prétexte de l'octroi de telles facilités aux Forces des Nations Unies, pour contester aux Etats membres leur qualité de neutres.

Si l'on admet aisément que, dans la pratique d'une neutralité dite différentielle, chaque Etat assume volontairement ce risque, il est plus difficile d'admettre que l'Organisation des Nations Unies puisse l'imposer à un Etat membre contre sa volonté, alors surtout que l'article 43 de la Charte énumère, parmi les formes d'assistance qui sont subordonnées à la conclusion d'accords spéciaux, certaines mesures qui paraissent relever de la catégorie des mesures « short of war ».

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Voy. les auteurs cités par Gamal el Din Attia, pp. 272 et suiv.

Au cas où l'Institut ne partagerait pas ce point de vue, il pourrait, au maximum, adopter une Résolution reconnaissant au Conseil de Sécurité le pouvoir d'imposer aux Etats membres toutes formes d'assistance aux Forces des Nations Unies qui, aux termes de l'article 43 de la Charte, ne sont pas subordonnées à la conclusion d'accords spéciaux.

§ 3. Des effets d'une désignation formelle d'agresseur par le Conseil de Sécurité, dans l'hypothèse où cette désignation n'est pas accompagnée ou suivie de résolutions recommandant ou ordonnant la pratique de discriminations spécifiques.

La question soulevée dans le présent paragraphe revient à savoir si les Etats membres de l'Organisation ont l'obligation ou la faculté de pratiquer des discriminations, aux dépens d'un agresseur désigné par le Conseil de Sécurité, lorsque celui-ci n'a pas assorti la désignation d'agresseur de résolutions spécifiques à cette fin.

Je n'ai pas obtenu des réponses suffisamment nettes des membres de la Commission pour pouvoir dégager des conclusions très fermes sur le problème soulevé ici.

Sur certains points cependant, je crois pouvoir déceler une tendance largement majoritaire.

C'est ainsi que tous les membres de la Commission ont admis la Résolution qui avait pour objet de constater que « lorsque le Conseil de Sécurité a désigné comme agresseur une partie à un conflit armé, cette désignation s'étend de plein droit à tout autre Etat qui prendrait part aux hostilités aux côtés de l'agresseur. »

J'ai également le sentiment que les membres de la Commission sont d'avis qu'un Etat membre non belligérant ne peut pas discriminer aux dépens des Forces des Nations Unies, lorsque celles-ci sont en lutte avec une partie que le Conseil de

Sécurité a qualifiée d'agresseur. En d'autres mots, la faculté qui, en droit commun, permet aux Etats tiers de pratiquer des discriminations en faveur de l'une ou l'autre partie, sur base d'une qualification unilatérale de l'agression, ne saurait jouer à l'encontre d'une qualification formelle émanant de l'Organisation dont ces Etats font partie.

Il semble également admis que tout Etat membre de l'Organisation a le droit de pratiquer des discriminations en faveur des forces des Nations Unies et aux dépens de l'agresseur désigné, alors même que le Conseil de Sécurité n'aurait pas expressément recommandé la pratique de telles discriminations <sup>1</sup>.

Enfin, il y a lieu de rappeler que la Résolution qui avait pour objet de constater qu'aucun Etat membre ne peut se réclamer du droit de la neutralité pour se soustraire aux obligations qu'il a assumées en qualité de membre, n'a pas soulevé de critiques. Il en découle que, dans la mesure où la Charte impose aux Etats membres certaines obligations qui, en droit commun, pourraient être considérées comme un manquement au devoir d'impartialité d'un neutre, ces obligations devront être pleinement respectées. Il en est ainsi, par exemple, de l'obligation de contribuer aux dépenses de l'Organisation, au sens où cette expression a été entendue par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif du 20 juillet 1962.

Il est plus douteux que la désignation de l'agresseur par le Conseil de Sécurité entraîne ipso facto, pour tous les Etats

¹ A mon avis, il n'y a pas lieu d'interpréter comme une interdiction de discriminer au profit des Forces des Nations Unies, le rejet par le Conseil de Sécurité d'un projet visant à recommander la pratique de telles discriminations. Ainsi qu'il a été exposé dans le rapport préliminaire, le Conseil de Sécurité pourrait cependant interdire expressément aux Etats membres ou à certains d'entre eux la pratique de discriminations.

membres, l'obligation de discriminer aux dépens de l'agresseur. Personnellement, je pense que cette question appelle une réponse négative, tant au regard du droit commun qu'au regard du droit de la Charte.

Si, en droit commun, un Etat non belligérant dispose de la simple faculté de discriminer aux dépens de la partie qu'il considère comme agresseur, il faut considérer que la désignation d'agresseur par l'autorité publique a pour seul effet de lui rendre cette désignation opposable sans pour autant transformer en obligation ce qui est une simple faculté. Dans l'état actuel du droit positif et de la pratique il me paraît, en effet, hasardeux de dire que la mise de la guerre hors la loi engendre automatiquement une obligation de discriminer aux dépens de la partie que tout Etat a la faculté de qualifier d'agresseur.

Si l'on envisage le problème sur base du droit de la Charte, on aboutit nécessairement à la même conclusion. Il est en effet contradictoire de prétendre que la Charte impose à tous les Etats membres indistinctement une obligation automatique de discrimination aux dépens de l'agresseur et de constater, par ailleurs, que le Conseil de Sécurité peut « recommander » la pratique de telles discriminations. Enfin, l'obligation générale et automatique de discrimination se concilie mal avec les dispositions de l'article 48 de la Charte selon lequel « les mesures nécessaires à l'exécution des décisions du Conseil ... sont prises par tous les membres des Nations Unies ou certains d'entre eux, selon l'appréciation du Conseil ».

# § 4. De la désignation d'agresseur par l'Assemblée générale.

Au sein de la Commission, MM. Jessup, Feliciano, Rousseau et Schachter ont exprimé l'avis que la désignation de l'agresseur n'est pas un monopole de compétence du Conseil de Sécurité. Si, selon M. Rousseau, les résolutions adoptées en cette matière par l'Assemblée générale n'ont qu'une autorité morale, d'autres membres sont d'avis qu'elles emportent des conséquences juridiques. Cette dernière opinion est également celle que soutient M. Seyersted dans son ouvrage <sup>1</sup>.

La question débattue ici revient moins à savoir si l'Assemblée générale excéderait ses pouvoirs en désignant un Etat comme agresseur que de savoir si cette désignation d'agresseur engendre des effets de droit en matière de discriminations ou peut être assortie, par l'Assemblée elle-même, de recommandations invitant les Etats membres à pratiquer de telles discriminations.

Nul ne soutient en effet que l'Assemblée générale aurait le pouvoir d'imposer aux Etats membres ou aux Forces des Nations Unies la pratique de certaines discriminations. Même dans le cadre de la Résolution « Uniting for Peace » l'Assemblée ne dispose pas d'un tel pouvoir.

A mon sens, la désignation d'agresseur par l'Assemblée générale n'est rien d'autre que l'expression d'opinions convergentes des Etats formant la majorité de l'Assemblée et, à ce titre, j'admets que pareille désignation puisse exercer une autorité morale à l'égard du comportement, non seulement des Etats qui auront contribué à former cette majorité, mais aussi à l'égard du comportement des autres Etats membres. La désignation de l'agresseur par l'Assemblée n'est cependant pas une compétence d'un organe des Nations Unies et, pour cette raison, il est impossible de voir dans une telle désignation une « autorisation » au sens juridique du terme.

Il importe en effet de rappeler qu'une autorisation de discriminer équivaut nécessairement à une décision dont l'effet est

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Seversted: United Nations Forces, p. 267.

d'obliger l'agresseur à subir, comme conforme au droit, la pratique des discriminations recommandées et, par voie de conséquence, à lui interdire de recourir à des mesures de représailles en vue de riposter aux discriminations dont il serait l'objet. Pareille interdiction relève du domaine des sanctions et, à ce titre, est de la compétence exclusive du Conseil de Sécurité.

En bref, je pense que l'Etat qui pratiquerait des discriminations à la suite d'une désignation d'agresseur par l'Assemblée générale, agirait en tant qu'Etat souverain et à ses risques et périls et non en vertu d'un titre juridique émanant de l'Organisation.

## § 5. Hypothèse d'hostilités de pur fait.

L'hypothèse visée dans le présent paragraphe est susceptible de se présenter dans les opérations dites de maintien de la paix qui, engagées à des fins autres que celle d'une « action » préventive ou coercitive contre un Etat, mais à la demande ou avec l'accord d'un Etat, dégénèrent en opérations militaires d'envergure par le fait soit de l'Etat hôte, soit des Forces des Nations Unies, soit d'un contingent national, soit encore par le fait de bandes armées agissant spontanément ou avec l'appui direct ou indirect de l'un ou l'autre Etat.

Dans une telle hypothèse, le Conseil de Sécurité n'interviendra pas immédiatement et des raisons politiques pourront éventuellement le déterminer à n'intervenir en aucune manière. Entretemps, les hostilités se développeront, les parties se réclamant soit du droit de légitime défense, soit du droit généralement reconnu aux Forces des Nations Unies de sauvegarder leur liberté de mouvement.

Dans la mesure où ils ont envisagé cette hypothèse, les membres de la Commission ne paraissent pas d'avis que les Etats membres ont le devoir de pratiquer des discriminations quelconques aux dépens de la partie en lutte avec les Forces des Nations Unies.

En revanche, la majorité de la Commission paraît d'avis que les Etats membres ne peuvent pas se réclamer du droit commun pour prétendre qualifier unilatéralement l'agresseur et pratiquer, en conséquence, des discriminations aux dépens des Forces des Nations Unies.

En d'autres termes, si, dans l'hypothèse envisagée, tout Etat membre est en droit d'adopter une attitude de neutralité intégrale, à condition de s'acquitter de ses obligations ordinaires de membre, au contraire toute forme d'assistance hostile à la partie adverse lui serait interdite.

Je reconnais que cette solution ne se dégage pas des termes de l'articles 2/5 de la Charte qui se borne à interdire aux Etats membres de prêter assistance « à un Etat contre lequel l'Organisation entreprend une action préventive ou coercitive ».

Il m'est également difficile de suivre M. Feliciano lorsque celui-ci considère que l'obligation, pour les Etats membres, de ne pas prêter assistance à la partie en lutte avec les Forces des Nations Unies, trouve sa justification dans le fait que les forces agissent « per définitionem avec l'autorisation de l'Organisation ». Pareille présomption ne trouve pas de fondement dans la Charte et l'hypothèse d'opérations militaires engagées par l'effet d'un acte ultra vires du commandement militaire des Nations Unies n'est pas à exclure.

La meilleure manière de justifier l'interdiction, pour les Etats membres, de prêter assistance à la partie engagée dans des opérations militaires avec les Forces des Nations Unies, me paraît être de faire appel à ce principe général selon lequel, au sein d'une institution, il n'appartient pas au membre individuel de se substituer aux organes qualifiés de l'institution pour

sanctionner une prétendue violation de l'ordre juridique particulier qui régit celle-ci.

Prêter assistance à une partie belligérante, dans une mesure dérogatoire au droit commun de la neutralité, est une forme de sanction que tout Etat est en droit d'utiliser en fonction de sa propre appréciation des faits dans une communauté inorganique. Pareille sanction ne se conçoit plus dans un système institutionnel de sécurité collective, spécialement lorsque cette sanction aurait pour effet de jouer aux dépens des forces de l'institution elle-même. Parce qu'un Etat membre n'est jamais authentiquement un tiers à l'égard de l'Organisation dont il fait partie, il est tenu à son égard à un degré minimum de solidarité. S'il a des raisons de croire que l'Organisation a agi ultra vires, il lui est loisible d'utiliser les procédures institutionnelles que la Charte a placées à sa disposition en vue de faire prévaloir son point de vue, mais il ne peut pas déforcer l'Organisation en prêtant une assistance positive à la partie adverse, par dérogation aux règles ordinaires de la neutralité.

# § 6. Opérations militaires des Nations Unies et Etats non membres.

Envisageant les droits et devoirs des Etats qui ne sont pas membres de l'Organisation, le rapport préliminaire avait admis, d'une part, que la désignation de l'agresseur par le Conseil de Sécurité s'étendait de plein droit à « tout autre Etat » qui prendrait part aux hostilités aux côtés de l'agresseur et, d'autre part, que le Conseil de Sécurité pouvait « recommander » aux Etats non membres de pratiquer des discriminations aux dépens de la partie adverse. Cette solution, qui est approuvée par MM. Castrén, Feinberg, François, Hambro et Rousseau, est critiquée par MM. Feliciano, Jessup et Schachter auxquels il y a lieu d'ajouter M. Seyersted si l'on s'en rapporte à son ouvrage.

Selon M. Feliciano, le Conseil de Sécurité « est compétent pour obliger un Etat non membre à s'abstenir de prêter assistance à l'Etat désigné comme agresseur ». En revanche, M. Feliciano considère comme « douteux que le Conseil de Sécurité puisse obliger un Etat non membre à prêter quelque assistance positive aux Forces des Nations Unies ».

M. Jessup, qui ne peut approuver la Résolution XIII dans la rédaction suggérée par le rapporteur, désire réserver sa position sur ce point. Il précise cependant que « l'on ne peut pas dire que le Conseil de Sécurité violerait les droits d'un Etat non membre, selon le droit international, s'il estimait nécessaire d'exiger de sa part certains comportements. »

Quant à M. Schachter, il a condensé ses critiques dans l'observation suivante qu'il me paraît utile de reproduire in extenso: "I am reluctant to support the implied premise of draft resolution XIII that the Security Council may only recommend, and not require, derogations from the law of neutrality by States not members of the United Nations. It seems to me that the precise issue of the authority of the Council is determined by the Charter and that article 2. paragraph 6, taken together with the wide authority of chapter VII is sufficient to empower the Security Council (and indeed imposes a duty on the Council) to "ensure" that States not members of the United Nations act in accordance with the principles of article 2 so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security. If it is agreed (as stated in your draft resolution XI) that the Council has the power under these provisions to take measures of an enforcement character against a non-member State that engages in hostilities on the side of an aggressor State, can one say the Council is unable to take enforcement measures to prevent "assistance" to the aggressor by a non-member State just because that assistance may be less than actual participation in

hostilities? At least there is no provision in the Charter which supports a distinction based on participation in hostilities. In my opinion, it is left to the Council to determine when enforcement measures may be required against a State, whatever the degree of its culpability. (Parenthetically, I do not believe it is absolutely necessary to rely on article 2, paragraph 6, for this conclusion; chapter VII is sufficient to support the competence of the Security Council vis-à-vis non-member States; article 2 (6) only strengthens that conclusion.) Admittedly, this implies that the Charter has a character distinct from other multilateral treaties, at least in respect of the power of the Security Council to maintain peace and security in the circumstances referred to in article 39. My position is that in this respect the Charter constitutes general international law, a view which I believe is supported by the eminent scholars cited in footnote 3 on page 97 of the preliminary report, as well as by others. In line with these views I suggest eliminating draft resolution XIII and amending resolution XII paragraph 2 (c) by deleting "les Etats membres" and substituting " tout Etat"."

La thèse de M. Schachter qui revient à fonder les pouvoirs du Conseil de Sécurité à l'égard des Etats non membres sur la portée générale des dispositions du Chapitre VII plutôt que sur l'article 2/6 de la Charte me paraît hautement discutable. S'il est vrai que le Conseil de Sécurité peut entreprendre une action contre un Etat non membre coupable d'une agression ou d'une menace contre la paix, et cela en vertu des termes généraux utilisés par l'article 39, lu à la lumière de l'article 2/6 de la Charte, il reste que les mesures discriminatoires susceptibles d'être imposées à une partie non belligérante sont essentiellement prévues à l'article 41 qui investit le Conseil de pouvoirs dont la portée est expressément limitée aux seuls Etats membres.

Sous réserve de cette observation, je pense que MM. Feliciano et Schachter sont fondés à soutenir que le Conseil de Sécurité peut interdire aux Etats non membres de prêter assistance à un Etat dont il aurait constaté qu'il s'est livré à un acte d'agression, à une rupture de la paix ou à une menace contre la paix. A mon avis, ce pouvoir découle de la combinaison de l'article 2/6 et de l'article 39 de la Charte. Il me paraît en effet que le Conseil de Sécurité est en droit de considérer comme constitutive d'une menace contre la paix l'attitude d'un Etat non membre qui, en dérogation aux règles de la neutralité intégrale, déciderait de prêter assistance à une partie contre laquelle l'Organisation aurait entrepris une action préventive ou coercitive.

En définitive si, pour un Etat membre, l'assistance positive à la partie adverse doit être considérée, de plein droit, comme une violation de la solidarité conventionnellement établie entre le Membre et son Organisation, cette même assistance positive ne peut être condamnée, dans le chef d'un Etat non membre, que par l'effet d'une décision de l'organisation mondiale de sécurité collective constatant qu'en l'espèce telle forme d'assistance serait de nature à compromettre le maintien ou le rétablissement de la paix. Une Résolution nouvelle a pour objet d'affirmer ce principe et sa rédaction s'inspire directement des termes utilisés par les paragraphes 5 et 6 de l'article 2 de la Charte.

# REMARQUES FINALES

- La Résolution XIV reprend une disposition qui figurait dans l'ancienne résolution XII. § 3.
- La Résolution XV n'a pas soulevé d'objections.
- La Résolution XVI (ancienne résolution XIV) n'a sou-

levé de critique que de la part de M. Jessup, qui voudrait en voir intégrer la substance dans une résolution antérieure.

LE PRÉAMBULE est nouveau et relativement bref. Suivant en cela l'avis de la Commission, il ne contient pas de passage justifiant la soumission des Forces des Nations Unies aux règles humanitaires du droit de la guerre, soumission déjà affirmée par la résolution de Bruxelles. Les alinéas 2 et 3 du préambule forment l'essentiel de la motivation en ce qu'ils relèvent le fait de l'existence de forces des Nations Unies susceptibles d'être entraînées dans des opérations militaires et la nécessité de préciser la mesure dans laquelle les règles du droit de la guerre et de la neutralité sont applicables à de telles opérations militaires. Les deux derniers alinéas n'ont d'autre objet que d'éviter que les Résolutions adoptées par l'Institut, pour les seuls besoins des forces des Nations Unies --- entendues au sens de la Résolution I — puissent être interprétées a pari ou a contrario, soit pour alimenter les querelles relatives à la licéité de la création des Forces, soit pour résoudre le problème général de la discrimination entre la victime et l'agresseur dans un conflit armé ordinaire.

Bruxelles, le 15 juin 1970.

# PROJET DE RÉSOLUTIONS

# L'Institut de Droit international,

- Rappelant les Résolutions qu'il a consacrées à « l'égalité d'application des règles du droit de la guerre aux parties à un conflit armé » (Session de Bruxelles, 1963);
- Constatant que l'Organisation des Nations Unies a utilisé, à diverses reprises, des forces armées et que de telles forces peuvent quelle que soit leur mission être entraînées dans des opérations militaires revêtant le caractère de véritables hostilités;
- Considérant qu'il est nécessaire, tant pour des raisons de sécurité juridique générale que pour des raisons d'ordre humanitaire, de préciser la mesure dans laquelle les règles du droit de la guerre et de la neutralité sont applicables à ces opérations militaires;
- Réservant l'étude du problème général des effets de la mise hors la loi de la guerre et du recours à la force sur le principe de non discrimination dans l'application des règles non humanitaires du droit de la guerre et de la neutralité;
- Relevant, en outre, que les présentes Résolutions n'impliquent aucun jugement à l'égard des problèmes qui ont trait à la compétence des divers organes des Nations Unies en matière de création et de direction des Forces des Nations Unies;

Adopte les Résolutions suivantes :

I

Aux fins d'application des présentes Résolutions, il y a lieu d'entendre par Forces des Nations Unies, tous corps armés placés sous la haute direction et la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies, de manière telle que l'Organisation ait, à tout moment, les moyens de faire respecter, par les hommes ou contingents faisant partie de ces corps armés, les règles du droit de la guerre qui leur sont applicables.

### П

Lorsque les Forces des Nations Unies sont recrutées par engagements individuels, l'Organisation des Nations Unies est tenue d'édicter un règlement soumettant les membres de ses Forces à sa protection et à son autorité exclusives.

Ce règlement aura notamment pour objet de soumettre les membres des Forces des Nations Unies à des autorités de caractère international disposant à leur égard des pouvoirs normatif, exécutif et juridictionnel, nécessaires en vue d'assurer le respect effectif des règles du droit de la guerre.

Lorsque les forces des Nations Unies sont formées de contingents nationaux, à l'égard desquels l'Organisation des Nations Unies n'aurait pas édicté un statut fondé sur les principes énoncés dans l'alinéa précédent, le respect du droit de la guerre doit être imposé par le moyen d'accords conclus entre l'Organisation et les Etats appelés à fournir des contingents.

Ces accords, dont il est souhaitable que l'Organisation établisse le modèle, doivent prévoir, au minimum :

- a) que tout Etat fournissant un contingent doit être doté d'une législation militaire et disciplinaire prévoyant l'obligation pour les membres de son contingent, de respecter les règles du droit de la guerre;
- b) que tout Etat fournissant un contingent doit disposer de juridictions compétentes pour sanctionner, dans le chef des membres de son contingent, toute infraction aux règles humanitaires du droit de la guerre;

c) que l'Organisation des Nations Unies disposera des moyens de contrôler, en tout temps et en tout lieu, le respect effectif des obligations inscrites dans ces accords et d'exiger réparation de tout manquement à ces obligations.

Il est souhaitable que soient seuls admis à fournir des contingents aux Forces des Nations Unies les Etats qui sont liés par les conventions générales sur le droit de la guerre.

## Ш

L'Organisation des Nations Unies a qualité pour exiger le respect des règles du droit de la guerre au bénéfice de ses Forces et pour réclamer réparation des dommages illicites causés à ses Forces en violation de ces règles.

L'Organisation des Nations Unies est tenue d'assumer la responsabilité des dommages illicites provoqués par ses Forces en violation des règles du droit de la guerre applicables à celles-ci, sans préjudice de son recours éventuel à l'égard de l'Etat dont le contingent aurait agi fautivement.

#### IV

Il est souhaitable que les règlements des Forces des Nations Unies, ou les accords conclus avec les Etats appelés à fournir des contingents, confient à des organes composés de personnalités indépendantes et impartiales la mission de statuer sur les réclamations formées par les victimes de dommages causés par les Forces des Nations Unies.

Dans la mesure où la compétence de ces organes a été imposée aux Etats membres par l'Organisation ou a été acceptée par l'Etat dont la victime est un ressortissant, l'épuisement préalable des recours ainsi institués ou convenus constituera une condition de recevabilité de toute réclamation

internationale ayant le même objet et fondée sur la même cause.

#### V

Les obligations qui ont pour but de restreindre les horreurs de la guerre et qui sont imposées aux belligérants pour des motifs humanitaires par les conventions en vigueur, par les principes généraux du droit, par les règles du droit coutumier ou par toutes autres règles de droit international généralement reconnues, doivent toujours être respectées à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies.

Les obligations visées à l'alinéa précédent comprennent, notamment :

- celles qui concernent le choix des armes, leur mode d'utilisation et les moyens de nuire à la partie adverse;
- celles qui sont inscrites dans les Conventions de Genève du 12 août 1949;
- celles qui limitent les pouvoirs de l'occupant.

#### VI

L'application des règles conventionnelles du droit humanitaire de la guerre aux opérations militaires des Forces des Nations Unies n'est pas subordonnée à une adhésion formelle de l'Organisation aux conventions générales en vigueur.

Il est néanmoins souhaitable que l'Organisation des Nations Unies exprime clairement sa volonté d'assurer le bénéfice de ces règles aux membres de ses Forces et d'en faire respecter toutes les dispositions par celles-ci. A cette fin, l'Organisation des Nations Unies devrait adopter une résolution constatant que ces dispositions sont applicables aux opérations militaires des Nations Unies.

#### VII

L'application effective des règles humanitaires du droit de la guerre par les Forces des Nations Unies exige que les individus susceptibles de faire partie de telles Forces aient reçu, au préalable, un enseignement adéquat portant sur l'ensemble du droit de la guerre et, plus particulièrement, sur le sens et la portée des Conventions de Genève du 12 août 1949.

Il est souhaitable que l'Organisation des Nations Unies, ainsi que ses institutions spécialisées qui sont vouées au progrès de l'éducation et de la santé, prennent toutes mesures en leurs pouvoirs en vue de coordonner celles que les Etats parties aux Conventions de Genève se sont engagés à prendre en cette matière. Il est également souhaitable que les mêmes organisations internationales ainsi que les Etats accordent leur appui aux organismes, publics et privés, voués à la diffusion et au progrès du droit humanitaire.

### VIII

En vue de garantir le respect effectif des règles humanitaires du droit de la guerre à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies, il est souhaitable que l'Organisation des Nations Unies institue un organisme international permanent, capable d'assumer rapidement les tâches dévolues à la Puissance protectrice par les Conventions de Genève du 12 août 1949.

L'organisme visé à la présente Résolution, ainsi que ses membres, devraient bénéficier des privilèges, immunités et facilités nécessaires au bon exercice de leurs attributions.

#### $\mathbf{IX}$

En vue d'assurer le respect effectif des règles humanitaires du droit de la guerre à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies, il est nécessaire que l'Organisation veille à la présence, au sein de ses forces, de services sanitaires composés d'un personnel compétent suffisamment nombreux et dotés de moyens d'action proportionnés aux besoins prévisibles de telles opérations.

Lorsque la direction de ces services est confiée aux Etats qui ont fourni des contingents, il appartient à l'Organisation de prendre toutes mesures en son pouvoir en vue de coordonner leurs activités.

## $\mathbf{X}$

Sous réserve des exceptions prévues par les Résolutions suivantes, les règles du droit de la guerre et de la neutralité qui n'ont pas un caractère humanitaire, s'appliquent à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies.

### XΙ

Lorsque les Forces des Nations Unies sont engagées dans des opérations militaires contre une partie que le Conseil de Sécurité a qualifiée d'agresseur, cette qualification s'étend, de plein droit, à tout Etat qui prend part aux hostilités aux côtés de l'agresseur.

#### XII

Dans tous les cas où les Forces des Nations Unies sont engagées dans des opérations militaires, il est interdit aux Etats membres de l'Organisation, soit de se prévaloir des règles générales du droit de la neutralité pour se soustraire aux obligations qui leur sont imposées en vertu de la Charte, soit de déroger aux règles de la neutralité intégrale au bénéfice de la partie adverse.

Dans la même hypothèse, le Conseil de Sécurité, agissant en vertu des articles 39 et 41 de la Charte des Nations Unies.

peut adresser à tous les Etats membres, ou à certains d'entre eux, les recommandations et décisions nécessaires au maintien de la paix.

Par dérogation aux règles non humanitaires du droit de la neutralité, ces Résolutions peuvent notamment avoir pour objet :

- d'empêcher les Etats membres d'octroyer à la partie adverse, directement ou indirectement, des facilités en matière de communications, d'importation ou d'exportation, de recrutement, de financement ainsi que de séjour ou de ravitaillement des navires dans les ports;
- d'empêcher les Etats membres de reconnaître ou de donner effet aux mesures de confiscation, de réquisition, de saisie, de prises, de blocus ou de contrebande, décrétées par la partie adverse.

## XIII

Lorsque les Forces des Nations Unies sont engagées dans une opération préventive ou coercitive, le Conseil de Sécurité peut, dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales, recommander ou ordonner aux Etats qui ne sont pas membres de l'Organisation de s'abstenir de prêter à la partie adverse telles formes d'assistance qu'il détermine.

## XIV

Le fait pour un Etat de pratiquer les discriminations visées par les présentes Résolutions ne le prive pas de sa qualité de neutre, à l'égard de la partie opposée aux Forces des Nations Unies, et ne peut justifier la pratique, à son égard, d'aucune mesure de représailles.

#### XV

Sans préjudice des responsabilités individuelles ou collectives dérivant du seul fait de l'agression qu'il aurait commise, la partie opposée aux Forces des Nations Unies est tenue de réparer les dommages qu'elle cause, soit en violation des règles du droit de la guerre et de la neutralité, soit en violation des résolutions prises, à son égard, par le Conseil de Sécurité.

## XVI

Il est souhaitable que l'Organisation des Nations Unies donne suite à la Résolution I de la Conférence intergouvernementale pour la protection des biens culturels, en imposant à ses Forces le respect de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 relative à la protection des biens culturels en cas de conflit armé.

#### ANNEXE I

Observations des membres de la Première Commission en réponse au rapport préliminaire et au questionnaire de M. Paul De Visscher du 15 février 1969.

#### 1. Observations de M. Erik Castrén

Helsinki, le 29 mars 1969.

Mon cher et très honoré Confrère.

Je tiens à vous féliciter vivement de votre rapport préliminaire sur « Les conditions d'application des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies et des Organisations régionales » que j'ai étudié avec le plus grand intérêt. Votre exposé approfondi et équilibré m'a impressionné d'une façon particulière en m'amenant à améliorer et même à reconsidérer certaines de mes opinions antérieures sur ce sujet, probablement trop rigides. Ainsi, à quelques exceptions près, je peux accepter vos points de vue et conclusions. Je me borne à répondre à vos questions dans l'ordre où elles figurent dans le questionnaire, en ajoutant, en cas de besoin, quelques observations sur votre avant-projet de Résolution qui est très détaillé.

#### Ouestions I

1. Evidemment il est possible de traiter simultanément ou, de préférence, séparément, aussi des opérations militaires des organisations régionales; mais, étant donné leur diversité, l'ampleur du sujet et certaines autres raisons, on pourrait les laisser au moins momentanément de côté, si le Bureau y consent.

- 2. Oui. J'estime comme vous que nous pouvons même aborder les moyens d'assurer un respect effectif du droit de la guerre dans les opérations militaires des Nations Unies. Cette question est un peu au-delà de notre mandat, mais elle est liée avec les problèmes que notre Commission devrait essayer de résoudre.
- 3. Oui. En ce qui concerne particulièrement la définition de l'agression, il s'agit d'une question fort complexe. Il y a lieu de la laisser à l'ONU qui continue ses efforts. Mais je ne suis pas aussi pessimiste que vous quant aux possibilités de la trancher. On peut constater quelques progrès pendant les derniers temps.
- 4. Non, je me rallie à cet égard à vos points de vue. Je me permets de présenter seulement une remarque. Vous dites que vous ne croyez par que l'ONU puisse être impliquée dans une guerre civile. A mon avis, cette possibilité existe dans le cas où la guerre civile menace le maintien de la paix et de la sécurité internationales comme il est déjà parfois arrivé dans la pratique.

#### Ouestions II

- 1. Oui.
- 2. J'accepte la définition contenue dans votre rapport et dans la résolution I.
  - 3. Non, pour les raisons si bien indiquées par vous.
  - 4. Oni.
  - Non.

## Ouestions III

- 1. Oui.
- 2. Oui.
- 3. Je considère qu'il est très difficile de désigner de manière limitative les règles humanitaires du droit de la guerre, mais peut-être pourrions-nous sortir de cette impasse en adoptant votre Résolution II qui est habilement rédigée.
  - 4. Oui.
- 5. Je réponds négativement à la question dans sa première partie. Je suis, en principe, d'accord avec les projets de Résolutions II-V. Toutefois, en ce qui concerne la Résolution IV, je ne suis pas tout à fait sûr que l'ONU puisse adhérer formellement aux conventions en vigueur, mais il reste toujours la deuxième branche de l'alternative, à savoir l'adoption d'une résolution par l'Assemblée Générale.
- 6. Je suis d'accord avec le projet de résolution VI. Quant aux Résolutions VII-IX, je les trouve un peu trop détaillées. Elles règlent des questions secondaires et n'expriment pour la plupart que des vœux ou recommandations. Je me permets de proposer, en tout cas, la suppression de la fin de l'alinéa premier de la Résolution VII, à partir des mots « et plus particulièrement », car il est au moins aussi important que les Forces des Nations Unies connaissent les autres règles du droit de la guerre comme le Protocole de Genève de 1925 et les Conventions de La Haye.

## Questions IV

- 1. Non, en me ralliant à votre opinion.
- 2. Je donne une réponse négative aux deux questions posées par vous en me référant à vos arguments.
  - 3. Oui, comme vous-même avez répondu à cette question.

- 4. Il s'agit aussi à mon avis seulement d'une autorisation comme vous le dites dans votre rapport.
  - 5. J'accepte sans critique la Résolution X.
- 6. D'accord avec vous, je réponds oui à la première, non à la deuxième et oui aux deux dernières questions.
  - 7. Oui, en acceptant aussi à cet égard vos arguments.
  - 8. J'accepte sans commentaires la Résolution XI.
  - 9. Oui, en partageant aussi sur ce point votre opinion.
- 10. Je réponds non à votre question. En ce qui concerne la Résolution XIII, elle me paraît trop détaillée et semble aller trop loin sur certains points. Est-il nécessaire ou opportun de citer tant d'exemples dont le choix est en tout cas arbitraire? A mon avis, le texte gagnerait par la suppression de tout le paragraphe 2. Est-il motivé de conférer à la victime de l'agression, ses alliés et les Forces des Nations Unies qui occupent le territoire de l'agresseur le droit de déroger d'une manière générale aux lois en vigueur dans ce territoire et d'y procéder à des réquisitions et contributions dans une mesure excédant les besoins des forces d'occupation, comme vous le proposez à l'alinéa b) du par. 2? Avec les deux réserves mentionnées à la deuxième phrase de cet alinéa, on arrive à peu près au système général de La Haye et Genève. La deuxième partie de l'alinéa c) du même paragraphe prévoit que les résolutions du Conseil de Sécurité pourraient autoriser ou obliger les Etats membres qui ne participent pas à la lutte armée contre l'agresseur à l'octroi à ses adversaires actifs de fournitures et de subsides ainsi que de facilités en matière de communications et de transit. Je doute que l'on puisse imposer à ces Etats des obligations de cette nature sans la conclusion des accords spéciaux traités à l'article 43 de la Charte des Nations Unies. — Les paragraphes 3 et 4 de ladite Résolution ne soulèvent pas d'observations de ma part.

- 11. Ma réponse à la question est non et j'accepte, par conséquent, le texte de votre Résolution XIII.
  - 12. Je trouve également votre Résolution XIV justifiée.
- 13. J'estime que votre rapport est très complet et que vous avez traité d'une façon suffisamment approfondie toutes les questions importantes se rattachant à notre sujet.

Je vous prie de croire, mon cher et très honoré Confrère, à mes sentiments dévoués et les meilleurs.

Erik Castrén.

# 2. Observations de M. Nathan Feinberg

Jérusalem, le 13 mai 1969.

Mon Cher Confrère,

J'ai bien reçu votre savant rapport préliminaire sur « Les conditions d'application des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies et des organisations régionales » et permettez-moi, tout d'abord, de vous féliciter de la manière excellente dont vous avez accompli la tâche qui vous a été assignée. J'ai étudié le rapport avec un vif intérêt et conformément à votre demande, je vous soumets mes réponses au questionnaire détaillé que vous avez bien voulu rédiger.

- I. Questions relatives à l'Introduction.
- 1. Comme vous, je crois tout à fait judicieux de limiter le sujet à l'application des règles du droit de la guerre aux opérations militaires des seules Forces des Nations Unies et de ne pas compliquer la discussion par l'étude de questions supplémentaires.
  - 2. Oui.

#### 3. Oui.

4. C'est l'endroit, je crois où je pourrais faire une brève observation d'ordre terminologique.

L'expression « opérations militaires » me paraît fort heureuse. Par contre, il me semble qu'il est peu approprié de qualifier une action coercitive dirigée par les Nations Unies contre un Etat violateur de la Charte de « guerre dans le sens matériel du terme ». Je sais bien qu'on utilise de plus en plus cette expression dans la littérature pour définir des hostilités d'une large envergure — de l'envergure d'une guerre « ancien style » —, mais, je crois que c'est à tort. La notion de « guerre au sens matériel » est l'antithèse de celle de « guerre dans le sens formel » ou « légal ». Elle présuppose l'existence de la «guerre» comme institution reconnue et admise par le droit international. La distinction entre une guerre de jure et une guerre de facto était logique et nécessaire aussi longtemps que l'ordre juridique existant admettait que les Etats pouvaient être engagés dans un conflit armé d'une large envergure (p. ex. la Chine et le Japon en 1931-1933 et 1937-1941), sans qu'une guerre au sens formel du terme existât entre eux. Mais du moment que le recours à la force (excepté les cas de légitime défense ou d'action coercitive) a été prohibé par le droit international, il paraît indiqué de tirer les conclusions théoriques qui s'en dégagent et de s'efforcer de déraciner l'usage du terme de « guerre ». Les textes officiels, tels que la Charte de l'Organisation des Nations Unies, les Conventions de Genève de 1949 et presque toutes les résolutions adoptées par l'ONU, n'utilisent plus ce terme. Est-il justifié que ce soient précisément les juristes qui persistent à le maintenir dans la doctrine? On pourrait dire que, en fin de compte, ce n'est qu'une querelle de mots, une affaire de sémantique, mais, en réalité, c'est beaucoup plus que cela, car il s'y reflète une attitude de principe, une conception de fond.

En lisant votre rapport, une autre question a été tout le temps présente à mons esprit. Le rapport, ainsi que le Projet de Résolution sont axés sur les prérogatives que la Charte des Nations Unies confère en la matière au Conseil de Sécurité. Mais, dans la réalité d'un monde désuni, divisé et politisé à outrance, c'est une hypothèse bien rare où une désignation de l'Etat agresseur pourrait être effectuée par le Conseil. Et, qui plus est, même au cas où le Conseil de sécurité parviendra à une décision, quelle garantie y a-t-il du caractère objectif et impartial de la décision et de sa conformité au droit et à la iustice? Plusieurs de nos confrères ont soulevé cette question au cours des débats antérieurs de l'Institut relatifs au droit de la guerre. Je ne citerai que deux d'entre eux : M. Verzijl n'a pas hésité à parler de « l'organisation mondiale qui a deux poids et deux mesures » et feu le Baron van Asbeck a insisté sur le fait que ce sont « les considérations politiques se basant sur la force et des combinaisons de force, (et) des considérations d'intérêts nationaux changeables et malléables à merci (qui) dominent la scène et amènent les solutions ». La réponse du rapporteur, M. François, à ces observations, fut que « le fait que le Conseil a pris la décision doit suffire ». C'est certes, du point de vue formel une réponse inattaquable - il faut accepter la loi de la Charte - mais elle est loin de résoudre le problème et d'écarter les appréhensions.

# II. Questions relatives au Chapitre 1.

#### 1. Oui.

2-3. Bien qu'en principe il y ait, évidemment, une différence essentielle entre une opération militaire coercitive, d'une part, et une « opération de maintien de la paix » visant à

l'observation, à la surveillance ou à l'enquête, d'autre part, je pense comme vous que pour les besoins de notre étude on peut ne pas tenir compte de cette distinction.

Par l'expression « résolution de l'Organisation », sans doute, visez-vous également le cas — peu vraisemblable, à vrai dire — où le Conseil de Sécurité, avec l'accord de tous ses membres permanents, décide de créer une force internationale et pour des raisons qui lui paraissent pertinentes préfère ne pas confier la direction effective de la force à l'Organisation des Nations Unies elle-même, mais d'en charger un groupe d'Etats. Bien que l'on puisse éprouver des doutes sur la question de savoir s'il est réellement fondé de priver des forces ainsi constituées du statut dont jouissent les forces placées sous la direction effective de l'Organisation, je suis enclin à me rallier à la définition contenue dans le Projet de Résolution I.

- 4. Non.
- III. Questions relatives au Chapitre II.
- 1. Non.
- 2. En principe, oui.
- Non.
- 4. Tout en admettant que les principales dispositions et les normes directrices des Conventions de Genève de 1949 font aujourd'hui partie du droit coutumier, il m'est difficile de me ranger à votre opinion selon laquelle un Etat qui n'est pas partie à ces Conventions doit néanmoins être considéré comme lié par tous les articles de ces Conventions qui se chiffrent à 430.
  - 5. a) En principe, d'accord avec vos développements.
- b) Je me demande s'il est nécessaire de maintenir, dans la Résolution II, la mention « les obligations qui limitent les

pouvoirs de l'occupant ». Les articles 27 à 34 et 47 à 78 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre traitent amplement de la sauvegarde des intérêts de la population d'un territoire occupé, d'un point de vue humanitaire proprement dit. Il semble que pour autant que la Section III du Règlement annexé à la IV<sup>e</sup> Convention de La Haye de 1907 contienne des règles humanitaires, les auteurs de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève les y ont incorporées. Ainsi, l'article 31, concernant la contrainte pour l'obtention de renseignements dans la Convention de Genève reproduit, avec certains changements de rédaction, l'article 44 de la Convention de La Haye; de même les articles 55 et 57 concernant le ravitaillement de la population et la réquisition des hôpitaux élaborent en détail la règle contenue dans l'article 53 de la Convention de La Haye.

- c) Je crois qu'il est fortement désirable de mentionner expressément dans la Résolution IV les Conventions de Genève et de ne pas se contenter de ce qu'elles sont visées dans la recommandation rédigée en termes généraux. Il ressort d'un article, récemment publié par M. Pictet (Journal of the International Commission of Jurists, vol. VII, N° 1, pp. 9-10) que les juristes de l'ONU voient des difficultés d'ordre procédural pour une décision de l'Organisation dans la direction voulue. Il se peut qu'un vœu exprimé en la matière par l'Institut contribue à ce qu'on trouve la voie pour surmonter les difficultés.
- d) Croyez-vous qu'il est justifié de qualifier l'Organisation des Nations Unies d'institution de type supranational (p. 39 de votre exposé)? Ce terme ne doit-il pas plutôt être réservé aux organisations beaucoup plus intégrées et dont la structure dépasse le cadre d'une organisation du type Société des Nations et ONU?
  - 6. Pas d'observations.

### IV. Questions relatives au Chapitre III.

- 1. Si les règles sur la conduite de la guerre n'ont pas été modifiées par le Pacte Briand-Kellog, le droit de la neutralité, par contre, a subi sous l'influence du nouveau jus ad bellum ou, pour être plus exact, du jus contra bellum certaines modifications (voir ma réponse à la question 7). Feu Sir Hersch Lauterpacht a fait ressortir qu'il est très difficile de fixer les limites de la discrimination permise à l'Etat neutre contre l'Etat violateur de la Charte en vertu du principe ex injuria jus non oritur. Il a même renoncé à chercher une formule en la matière et a, en toute franchise, admis: « It is preferable that these changes should be effected by common action of States themselves, and not by jurists engaged in drawing logical consequences from the Treaty" (Oppenheim-Lauterpacht, vol. II, p. 643).
- 2. Eu égard à la Charte de l'ONU, la réponse aux deux questions posées dans ce paragraphe est négative.
  - 3. Oui.
- 4. Réponse négative à la question concernant la valeur d'une recommandation de l'Assemblée générale qui vise un « agresseur de fait », c'est-à-dire un Etat qui n'a pas été désigné comme agresseur par le Conseil de Sécurité. Je penche, par contre, vers une réponse positive au cas où une désignation par le Conseil a été faite.
- 5. Sous réserve de mes remarques précédentes, pas d'observations.
- 6. Je me rallie à la thèse développée dans votre exposé, selon laquelle les Etats membres ou les Forces des Nations Unies peuvent pratiquer des discriminations recommandées par le Conseil de Sécurité et doivent les pratiquer lorsqu'elles sont ordonnées. Par contre, je suis indécis quant à la question

qui se pose dans le cas où un Etat a été formellement déclaré agresseur par le Conseil de Sécurité, sans que des mesures discriminatoires aient été simultanément recommandées ou ordonnées. Je préfère encore réfléchir à cette question.

7-8. Je présume que par « neutralité » vous entendez la neutralité intégrale telle qu'elle se dégage des Conventions de La Haye qui imposent aux Etats neutres le devoir d'abstention et d'impartialité.

En principe — et c'était la conception qui avait dominé à San Francisco — la neutralité dans le sens traditionnel du mot n'est pas compatible avec la Charte et le système de sécurité collective qu'elle a voulu établir. Ceci ne signifie pas que la Charte, telle qu'elle a été rédigée, ait aboli complètement la neutralité. On peut concevoir diverses situations où la neutralité trouve sa place dans le mécanisme de la Charte et où il est permis à un Etat de garder une neutralité absolue. Tel est surtout le cas où un Etat est dispensé, conformément à l'article 48, § 2, de la participation aux mesures coercitives aussi bien militaires que non militaires.

Si un Etat a été formellement déclaré agresseur par le Conseil de Sécurité, on doit accorder aux autres Etats membres le droit d'adopter le statut de neutralité bienveillante ou différentielle, ou de non-belligérance.

- 9. Qui.
- 10. Bien que l'établissement, à titre d'exemples, d'une liste des discriminations possibles ne soit pas indispensable, je ne vois pas d'objections à ce qu'elle soit maintenue.
  - 11. D'accord avec vos développements.
  - 12. Pas d'observations.

Je vous prie d'agréer, mon cher Confrère, l'assurance de mes sentiments les meilleurs et tout dévoués.

Nathan Feinberg.

#### 3. Observations de M. Florentino P. Feliciano

August 9, 1969.

- I. Questions relating to the Introduction of the Preliminary Report
- 1. I would submit that it is neither necessary nor particularly fruitful, at the present time, to seek to deal with military operations of regional organizations, separately from or in addition to military operations of the U.N. On the one hand, there may be expected to be considerable controversy whether particular organizations may appropriately be classified as "regional arrangements" under Chapter VIII of the U.N. Charter, or as collective self-defense organizations under Article 51 of the Charter. Upon the other hand, military operations by a regional organization necessarily raise the question of the relationship of such operations to the United Nations itself, the extent to which such operations may be imputed to the U.N., in much the same way that military operations of a state or group of states, members of the U.N., purporting to act for or with the authorization of the U.N., would raise such question. But this is essentially the question, so carefully explored in the Preliminary Report, relating to the appropriateness (or inappropriateness) of a characterization of military forces as United Nations Forces.
- I agree that our distinguished Rapporteur should request the Bureau to permit the Commission to dispense with dealing with this subject.
- 2. I wish to register my entire agreement with our Rapporteur that the Report should deal with (a) the conditions of application of the law of war to U.N. Forces, (b) the extent or measure of such application in differing types of situations,

- and (c) the methods for securing effective observance of the law of war in military operations of the U.N.
- 3. I also agree that the Report should not, as it need not, concern itself with the problems involved in defining aggression and in determining the competence of the different organs of the U.N. to establish a U.N. Force. While clarifying the content of the basic norm prohibiting aggression in the relations of states is central to the legal characterization of a particular recourse to force, which in turn affects profoundly the right of third states to invoke the traditional law of neutrality, the problems involved in the clarification of the notion of aggression are so vast and complex as to make it impractical for the First Commission to try to deal with them. The history of the efforts of the League of Nations and the United Nations to achieve consensus on a "definition of aggression," and of the continuing failure of such efforts, is well known. In any case, the problem of defining aggression is a preliminary and severable question so far as the principal task of the First Commission is concerned. So far as the enforcement function is concerned (and this is not the only function, certainly not the most probable function, that U.N. Forces may be directed to discharge), the Commission could well start with the given datum of a decision or recommendation (or the absence thereof) by the Security Council or the General Assembly. It is at least equally clear that the question of competence to establish a U.N. Force is quite distinguishable from the applicability of the law of war to operations of such a Force once established.
- 4. It is heartening indeed to note that the approach our distinguished Rapporteur has adopted, is one which stresses the need for realism in the assessment of the facts of international life, and the careful rejection of the dogmatic and

the doctrinaire. It is an exacting standard that the Rapporteur has thus set for the Commission, and one notes with satisfaction as with admiration that the Preliminary Report has generally met this standard.

# II. Questions relating to Chapter I. .

- 1. Because it is essential for determining the scope of application of the different draft resolutions proposed for the consideration of the *Institut*, clarification or specification of the reference proposed for the term "United Nations Forces," must be achieved in the draft resolutions themselves.
- 2. Draft Resolution I limits the reference of "United Nations Force" to those forces "instituted" by the U.N., the "direction and supreme control" over which have been vested in an organ of the U.N. Some specification of the degree of direction and the quantum of control thought necessary is attempted in Draft Resolution I by referring to two interrelated factors: (a) the Force must be "responsible" to the U.N. organ concerned, and (b) such organ must be endowed with the means of ensuring that the Force placed under its authority does carry out the tasks entrusted.

These designations are, of course, only slightly less abstract than "direction and supreme control" and a number of questions may perhaps be posed for exploration. Would "direction and supreme control" require that the commanding officer, or top echelon officers, of the Force be selected and appointed by the U.N. organ or perhaps the Secretary-General as the executive authority of the U.N.? Would "direction and supreme control" require that the military strategy for the Force's operations be formulated by the U.N. organ or the Secretary-General? Could the adoption and actual implementation by a national contingent or group of contingents of the

overall objectives announced by the Security Council or General Assembly constitute the functional equivalents of "direction and supreme control," particularly where such contingents observe the laws of war vis-a-vis their opponents? More generally, in situations involving combat operations (as distinguished from truce supervision or border insulation or other peace-keeping operations), what realistic operational meaning can or should be ascribed to "direction and supreme control," considering, among other things, that the U.N. has no military command or staff structure within its own organization and no military forces immediately available to it of consequential weight?

3. I believe that the forces of a "coalition of states," which presumably could refer to the forces of a regional organization, acting under a recommendation of the Security Council or the General Assembly—as distinguished from a decision of the Security Council-should be entitled to differential treatment under the laws of war, although such forces may not have been placed under the "direction and supreme control" of the U.N. While the absence of such U.N. "direction and supreme control" would not permit one to characterize such forces as "U.N. Forces," a U.N. resolution recommending that member states take appropriate action in respect of a state identified as an aggressor or as having breached the peace, furnishes permissive authority for member states to apply force against the violator state. At the same time, such a resolution provides a legal basis for permissive discrimination by other member states (who may not elect to participate in military action against the violator state) between the forces of the violator state and the forces of the member states responding to the resolution. A non-participating member state may, in other words, elect not to observe the requirements of the law of neutrality and may, for example, permit passage through its territory or air space to the forces of the participating states, or allow such forces to draw military supplies and materials from its territory.

Pushing the inquiry further, the question may be posed whether non-participating member states would be obliged, by the very existence of the U.N. resolution, to refrain from assisting or contributing to the military effort of the violator state. It is useful to recall that certain rules of the traditional law of neutrality, far from consistently embodying a duty of abstention for neutrals, in effect permit the furnishing of certain forms of assistance, not always inconsequential, to belligerents. It is true that the obligation imposed by Article 2 (5) of the U.N. Charter upon member states is "to refrain from giving assistance to any state against which the United Nations is taking preventive or enforcement action." Since the forces of the "coalition of states" are not placed under the "direction and supreme control" of the Organization, and hence are not ex hypothesi "U.N. Forces," it is open to debate whether the obligation imposed by Article 2 (5) of the U.N. Charter comes into operation in the situation contemplated. Here, I believe, two points might be usefully made. Firstly, the forces of the "coalition of states" could perhaps be analogized to an agent, as it were, of the Organization, since the "coalition" would be acting under an authority granted by the Organization, although it has not subjected itself to the operational "direction and supreme control" of the Organization as to the detailed manner of carrying out the authority granted. As an agent of the Organization, the "coalition" should, it may be suggested, be entitled to the same treatment as the Organization itself acting through "U.N. Forces." Secondly, a state which renders assistance to the violator state may, under certain circumstances, well be characterized by

the Organization as itself a violator state, and may be made the subject (target) of another recommendation by the Organization for permissive action on the part of the "coalition of states."

It is, of course, essential that the forces of the "coalition of states" actually act in conformity with, and within the limits set by, the resolution of the Organization, and not merely use the resolution to mask efforts to achieve goals inconsistent with the resolution or the U.N. Charter. This is a question of fact and the U.N. organ which promulgated the recommendation would have to be able to ascertain the true facts. Where the military operations of the "coalition of states" are clearly determined to be incompatible with U.N. resolution, the U.N. organ concerned could withdraw the permissive authority by terminating or appropriately modifying the resolution. Non-participating member states would then no longer have any basis for discriminating in favour of the "coalition of states."

4. To my mind, there appears little, if any, need for defining, by a separate resolution, the meaning of "military operations." The term "military operations" is a factual one; it is not a term of legal art. Of course, as a practical matter, military operations understood as combat operations or hostilities would have to assume a certain degree of intensity and a certain breadth of scope before many of the rules of the law of war would find application. Where hostilities do not rise to such scope and intensity, our concern—which relates to the conditions of application of the law of war—would not come into play. Similarly, where the operations of a U.N. Force do not consist of, or include, the reciprocal application of armed violence, but are limited to, for example, truce supervision or frontier observation, the law of war (the jus

in bello) would not become operative vis-a-vis the U.N. Force, unless the U.N. Force is attacked and undertakes to resist in self-defense. As I understand it, truce supervision and other peace-keeping or non-combat activities are not properly designated as "military operations." I would agree that this might be usefully clarified.

# III. Questions relating to Chapter II.

- 1. I do not believe it is necessary to devote a separate resolution to justifying the submission of U.N. Forces to the humanitarian rules of the law of war. I subscribe to the suggestion in the Preliminary Report that any prolonged justification of such conclusion would be a work of supererogation.
- 2. I agree that in stating that military operations by the United Nations are subject to the humanitarian rules of the law of war, the *Institut* would be making a pronouncement de lege lata.
- 3. The desirability and the possibility of a limitative specification of the humanitarian rules of the law of war is open to serious doubt. In a fundamental sense, all rules of the law of war may be regarded as humanitarian in character. All the specific requirements or authorizations of the law of war represent an attempted equilibrium between two general principles, the principle of military effectiveness and the principle of humanity. To the extent that the principle of humanity balances the principle of effectiveness, the former may be appropriately thought of as a limiting principle. While certain specific rules may be more immediately related to the mitigation of physical suffering during hostilities than certain other rules, I believe that the entire law of war addresses itself to the reduction of the destruction of human values in context of armed violence.

- 4. There are certain portions of some of the Geneva Conventions of August 12, 1949 which represent changes in the customary law existing prior to the effectivity of the conventions. Among these provisions would be those of Articles 33 and 34 of the Geneva Civilians Convention relating, respectively, to the prohibition of collective or vicarious penalties and reprisals against protected persons and their property and the prohibition of the taking of hostages. In these instances, it is less than clear whether the specific innovations of the Geneva Conventions may now be regarded as embodying customary law. It is felt by some that the lack of clarity arises from the relative lack of experience on these matters since 1949. It seems an interesting question whether the lack of practice or controversy on a given matter might itself be adduced in support of the position that certain provisions of conventional law have become matters of customary international law.
- 5. I do not believe that the objections raised against the capacity or the possibility of the United Nations being the subject of rights and obligations under the Geneva Conventions are cogent or pressing. I agree with the substance of Resolutions Nos. 2, 3, 4 and 5 (subject, however, to the comments made in III [3] above).
- 6. With respect to Resolution No. 6, to the extent that impartial and independent organs are established for the disposition of claims for damage done by unlawful acts of United Nations Forces, it is difficult to see why other modes of international reclamation should be resorted to after exhaustion of the remedies available before such impartial and independent organs. It may be that the reference intended by the term "impartial and independent organs" is to agencies analogous to national claims commissions or tribunals which, although applying international law norms, would not be appropriately

called "independent." It would appear that for claims commissions or agencies to be truly impartial or independent, they would have to approximate the structure and composition of international arbitral boards or tribunals. Presumably nonmember states or states which, although members, did not participate in the operations of the United Nations Forces would sit in such boards or tribunals.

# IV. Questions relating to Chapter III.

- 1. In general, and with the exception of the law on neutrality (especially, that portion relating to claims to be or remain neutral), I believe that the outlawry of war by the Kellogg-Briand Pact or the provisions of Article 2 (4) of the U.N. Charter have not modified the jus in bello.
- 2. Where both the Security Council and the General Assembly are unable to arrive at a designation or identification of the aggressor state (or the state which threatens the peace or which has breached the peace), I believe that discrimination and differential treatment between belligerent parties on the part of a third state is not obligatory but may be lawful. In situations where the organized community fails to identify the violator state (whether by a "decision" or by a "recommendation"), the Kellogg-Briand Pact and Article 2 (4) of the U.N. Charter which import a norm of contemporary international law furnish permissive authority to individual states to make a determination for themselves and discriminate against the belligerent which had recourse to force in violation of that norm of international law. Whether a particular state would or would not in fact take and implement such a determination on its own responsibility is, of course, a matter that would be determined by differing pragmatic considerations.

I believe it would be otherwise in case of hostilities between one party and United Nations Forces. The United Nations Forces would *per definitionem* be acting with the authorization of the Organization and I do not think that a member state may lawfully discriminate against the United Nations Forces.

- 3. In the context of the Preliminary Report, I think of the "designation of the aggressor" as referring to the determination of which of the opposing belligerent parties has unlawfully resorted to force or is unlawfully continuing to exercise force, and against which enforcement measures may be either ordered or recommended to be taken. I do not believe that the Security Council is alone possessed of the competence to make such a determination. I believe that the General Assembly, when acting under the "Uniting for Peace" Resolution recommends and therefore authorizes member states to take appropriate action against one of two opposing belligerent parties is, for all practical purposes, making such a designation or identification.
- 4. Such a recommendation by the General Assembly furnishes authoritative permission to make such a discrimination. As a technical matter, the state identified as an aggressor, i.e., as an appropriate target for enforcement measures, becomes disentitled to treat such discrimination as either an act of aggression against itself or as an unneutral act.
- 5. I would differ with the position embodied in Resolution No. X, to the extent that Resolution No. X would hold that the rules of the law of neutrality should be applicable where one of the parties to armed conflict of an international character has been designated as an aggressor by the General Assembly. The gist of my position on this point is already presented above.

Upon the other hand, I agree that a member state may not claim a right to be neutral so as to defeat its obligations imposed by the Charter or any obligatory measures required by the Security Council. Of course, one problem which has been posed by some writers is whether the Security Council can require, as a matter of *obligation*, any enforcement action to be taken by member states in the absence of the special agreements envisaged by Article 43 of the U.N. Charter.

6. & 7. In general, I believe that all the rules of the law of war-certainly, the rules relating to the regulation of combat and of belligerent occupation—are "humanitarian" in character and should be observed and respected vis-à-vis an opposing belligerent without regard to the characterization of such belligerent as an aggressor. In respect of the law of neutrality, a designation of the aggressor by the Security Council authorizes member states to depart from a status of neutrality visà-vis the aggressor belligerent. Member states may certainly practice such measures of differential treatment as may be ordered or recommended by the Security Council. Where the Security Council, although it has designated the aggressor, either fails to prescribe or to recommend specific enforcement measures to member states—which would be a very curious situation indeed—"automatic discrimination" on the part of member states could be envisaged to this extent: that a member state should abstain from assistance to the military effort of the aggressor belligerent (e.g., should refrain from shipping or allowing the shipment of weapons to the aggressor belligerent). In practice, it is perhaps unrealistic to speak of "automatic" discrimination not only because some member states may have no significant economic or social intercourse with the aggressor and the victim and thus have little actual occasion to exercise such discrimination, but also because certain

other member states who may be geographically contiguous or proximate to the aggressor belligerent may find it extremely hazardous to engage in such discrimination. The Security Council itself, in ordering or recommending enforcement measures may take the differing situations of different member states into account.

- 8. I agree with Resolution No. XI which makes explicit a necessary inference from the authority of the Security Council and the obligations of member states under the U.N. Charter. I would, further, suggest that the first paragraph of Resolution No. XI should apply to a situation where the identification of the aggressor is made by the General Assembly.
- 9. & 10. So far as concerns the law of neutrality, I believe that the Security Council, in the exercise of its authority under Articles 39 to 41, may authorize and indeed require departures from the law of neutrality by member states vis-a-vis a state designated as aggressor. Departures from the law of neutrality are necessarily implicit in any system of collective security. Paragraph 2 (c) of Resolution No. XII hence appears to me to be useful and desirable as expressing typical requirements that the Security Council may impose in particular cases.

To the extent that the measures listed in Paragraph 2 (a) of Resolution No. XII are to be addressed by the Security Council to the aggressor belligerent itself, and are designed to deter such belligerent from exercising rights or faculties conceded by the ordinary jus in bello to all belligerents, the efficacy and utility of such measures would appear doubtful. The aggressor belligerent may be expected to take whatever measures its regards as necessary in respect of "enemy" or "neutral" persons and property, given the nature and scope of the military conflict actually existing. Realistically, the measures listed in Paragraph 2 (a) may be given effect within

the territory of the aggressor state only after it has been defeated by the U.N. Forces. Their implementation in such context would perhaps in practice constitute imposition of a penalty or collection of an indemnity. During the course of the enforcement action, effect may be given to these measures within the territories of member states participating in the enforcement action and of third (non-participating) states. Thus, considered as enforcement measures, they should be addressed by the Security Council to participating and non-participating states (rather than to the aggressor-belligerent), the former requiring or urging the latter to refrain from giving effect to certain listed acts of the aggressor belligerent.

Paragraph 2 (b), so far as it refers to authority to impose in occupied territory belonging to the aggressor belligerent requisitions and contributions in excess of the needs of the occupying U.N. Forces, is unclear to me. For what purposes, transcending the needs of the occupying U.N. Forces, would such exactions be imposable? Such an authority may perhaps create more practical or political problems than it would solve. I would also qualify the authority to derogate from the law enforced in the occupied territory by limiting such authority to laws which are clearly incompatible with the purposes and principles of the United Nations Charter and which are likely to lead again in the future to another act of aggression.

11. I believe that the Security Council would be competent to obligate a non-member state to abstain from giving any assistance to the state designated as the aggressor. It is, on the other hand, doubtful whether the Security Council can obligate the non-member state to extend any affirmative assistance to U.N. Forces. I agree with the tenor of Resolution No. XIII, which refers only to a recommendation by the Security Council to non-member states.

I agree entirely with the second paragraph of Resolution No. XIII.

- 12. I think Resolution No. XIV is both adequate and justified.
- 13. The Preliminary Report appears most comprehensive and thorough. I believe it has covered all important issues.

Florentino P. Feliciano.

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

Oosterbeek, le 25 mars 1969.

Cher Confrère.

J'ai étudié avec beaucoup d'intérêt votre rapport préliminaire sur les conditions d'application des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies et des organisations régionales, et je vous félicite de cette étude remarquable. Comme vous le faites ressortir à la page 1, il s'agit d'une matière qui, auparavant, m'a beaucoup occupé.

A la session de Neuchâtel, j'avais défendu le point de vue rigide de la non-discrimination, mais conformément aux désirs exprimés pendant cette session, j'ai nuancé mon opinion en préparant le rapport pour la session de Bruxelles. Dans ce nouveau rapport, j'ai admis qu'on pourrait en principe abandonner le point de vue strict de l'égalité des parties, parce que cette égalité risquait de compromettre l'évolution ultérieure de la Communauté des Etats.

A la lumière du développement de ce problème depuis la session de Bruxelles et me rendant compte du prestige affaibli de l'ONU, je crains que les difficultés pratiques auxquelles se heurtera la réalisation du principe de la discrimination, n'aient guère diminué. Ces difficultés seront encore aggravées par l'imprécision de la distinction entre les règles humanitaires du droit de la guerre et les autres règles de ce droit. Tout en appréciant la peine que vous vous êtes donnée afin de parer à ces difficultés par la rédaction de votre Résolution II, la situation ne saurait être considérée comme pleinement satisfaisante. Je me rallie à votre observation (page 67 du Rapport): « Si, revenant sur la décision qu'il a prise à Bruxelles, l'Institut devait considérer qu'il n'est pas possible d'établir une distinction satisfaisante entre les règles humanitaires et les règles non-humanitaires du droit de la guerre, il devra nécessairement abandonner toute idée quelconque de discrimination puisque, aussi bien, tous les membres de l'Institut se sont prononcés contre la discrimination dans l'application des règles humanitaires du droit de la guerre. »

En effet, on pourrait se demander si, en fin de compte, l'idée de discrimination ne pourrait pas être abandonnée. Toutefois, je ne voudrais pas, dès à présent, défendre ce point de vue défaitiste et, dans la réponse au questionnaire qui suit, je me suis rangé au point de vue adopté par l'Institut à Bruxelles.

Réponse aux questions relatives à l'Introduction du rapport préliminaire.

### Ouestions 1.

- 1. Non, dernier membre de phrase, oui.
- Oui.
- 3. Oui.
- 4 —

### Ouestions II.

- Oui.
- 2. —

- 3. Non.
- 4. Non.
- 5. --

### Questions III.

- 1. Non.
- 2. Oui.
- 3. Souhaitable: oui, possible: non.
- 4. Oui.
- 5. Non.
- 6. —

# Questions IV.

- 1. Non.
- 2. Non.
- 3. Oui.
- 4. Valeur morale.
- 5. —
- 6. Oui.
- Oui.
- 8. ---
- 9. Oui.
- 10. Oui.
- 11. Non.
- 12. Justifiée.
- 13. —

Je voudrais ajouter une seule observation en ce qui concerne la rédaction de votre Résolution VIII. Vous y dites qu'il est souhaitable que l'ONU institute un organisme international, dont les membres pourraient être désignés par l'Assemblée de l'ONU sur présentation d'organisations telles que la Cour internationale de Justice, la Cour permanente d'Arbitrage et le Comité international de la Croix-Rouge. Comme ancien Secrétaire général de la Cour permanente d'Arbitrage, je me sens extrêmement flatté de l'insertion de la Cour dans cette liste. Toutefois, je me demande comment, du point de vue pratique, cette Cour pourrait accomplir cette tâche. Comme vous le savez, la Cour se compose, outre le Bureau et le Conseil Administratif, d'une « liste » de « membres ». Ni le Bureau, ni le Conseil Administratif ne sont des organes appropriés à présenter des candidats à la fonction dont il s'agit et les « membres » ne constituant pas en eux-mêmes un organe institutionnel, pourraient difficilement se prononcer à cet égard. A mon avis, il serait préférable de ne pas faire figurer la Cour permanente d'Arbitrage dans la Résolution VIII.

Dans l'espoir de vous revoir à Edimbourg, je vous prie de bien vouloir croire, cher Confrère, à mes sentiments bien dévoués

J.P.A. François.

### 5. Observations de M. Edvard Hambro

Questions relatives à l'Introduction du Rapport préliminaire.

1. Je trouve qu'il est absolument possible de traiter ensemble les opérations militaires des Nations Unies et des organisations régionales. D'autre part, je ne vois pas la nécessité de traiter des organisations régionales, étant donné qu'elles n'ont pas des forces militaires organisées d'une manière telle que ce soit possible ou en tout cas pas nécessaire de les traiter comme des vraies forces internationales aujourd'hui.

Je suis d'accord que le rapporteur demande d'être dispensé de traiter ce problème.

2. Je donne une réponse affirmative aux trois questions.

3. La définition d'agression est une question extrêmement épineuse. Je ne vois aucune nécessité de la traiter pour les besoins de notre tâche.

Je donne la même réponse à la question concernant la distribution des compétences entre l'Assemblée générale et le Conseil de Sécurité.

4. Je suis plein d'admiration pour le rapport. Je me permets de signaler notamment que je suis tout à fait de l'avis du rapporteur concernant le danger de créer une dichotomie entre le droit humanitaire et le droit politique de la guerre. Je partage aussi son point de vue quant au manquement des Nations Unies d'accepter toutes les règles humanitaires.

# Questions relatives au Chapitre I.

- 1. Oui.
- 2. Voir mes remarques concernant Résolution I.
- 3. Non.
- 4. Non.
- Non.

# Questions relatives au Chapitre II.

- 1. Non, une telle Résolution n'est pas juridiquement nécessaire, mais peut présenter une grande utilité politique.
  - Qui.
  - 3. Je crois qu'il est plus sage de ne pas le faire.
- 4. Je ne suis pas sûr. Je ne crois pas que la pratique très limitée peut raisonnablement être interprétée comme la base d'un droit coutumier.
- 5. Non, je suis entièrement convaincu que l'ONU peut être titulaire des droits et obligations des Conventions de Genève.
  - 6. Voir mes remarques aux Résolutions.

Questions relatives au Chapitre III.

- 1. Non, en principe.
- 2. Non.
- 3. Oui.
- 4. Il ne faut pas attacher une force obligatoire à une telle recommandation de l'Assemblée. Le Conseil de Sécurité seul a la compétence de décider sur des mesures à prendre pour la restitution de la paix et de la sécurité. Cela ne signifie pas que de telles recommandations ne peuvent pas avoir une grande force politique.
  - 5. Voir mes remarques concernant les Résolutions.
  - 6. Je ne suis pas convaincu.
- 7. Cela dépend entièrement de la définition qu'on donne de la neutralité.
  - 8. Voir mes remarques sur les Résolutions.
  - 9. Oui.
  - 10. Non. Voir mes remarques sur les Résolutions.
  - 11. Voir mes remarques sur les Résolutions.
  - 12. Egalement.

### Résolutions.

I

D'accord, sauf sur les deux dernières lignes : « ... dans l'intérêt du maintien de la paix et de la sécurité internationales ainsi que dans le respect du droit. »

Il me semble soit que cet alinéa va de soi, soit qu'il ajoute une autre condition pour l'existence même d'une force des Nations Unies, et cela est assez dangereux, car l'Etat impliqué dans un conflit peut prétendre que ces conditions ne sont pas remplies et partant que l'unité en question n'est pas une partie des forces des Nations Unies.  $\mathbf{H}$ 

D'accord.

#### Ш

- § 1. D'accord.
- § 2. D'accord, mais il faut expliquer que cela peut nécessiter une organisation beaucoup plus poussée que celle que les Nations Unies ont eue jusqu'à maintenant pour ces forces. Notamment il faut pouvoir punir les individus qui violent les lois de la guerre.
  - § 3. D'accord.

### IV

Je suis entièrement d'accord avec notre rapporteur et désire vivement une déclaration formelle de la part de l'Organisation.

# $\mathbf{V}$

Je crois que cette Résolution est en contradiction avec le principe établi par la CIJ dans l'affaire des Réparations. Je ne vois aucune raison pour ne pas permettre aussi à l'Etat de demander des réparations. Le fait que l'Organisation est seule responsable et que l'adversaire ne peut pas réclamer des dommages à l'Etat dont le soldat est ressortissant est d'autre part la conséquence nécessaire du fait que les forces sont un organe de l'Organisation et non des Etats individuels.

Le dernier alinéa peut être supprimé car il exprime seulement un truisme et ne cache pas le fait qu'il n'y a pas de méthode spéciale pour régler de tels conflits.

VI

D'accord.

#### VII

Entièrement d'accord. Peut-être peut-on mentionner la possibilité de créer une académie ou une école pour l'entraînement des officiers destinés à servir les forces des Nations Unies. Les Etats scandinaves possèdent déjà une telle école militaire.

D'accord.	VIII
	IX
D'accord.	x
D'accord.	
D'accord.	XI
	XII

- § 1. D'accord.
- § 2. Au point de vue de la pure théorie cette règle me paraît assez bonne, mais probablement sans aucune valeur durante bello. La règle peut néanmoins avoir un certain intérêt post bello.
- § 2. b. Je ne suis pas sûr qu'on puisse faire cela. En tout cas on doit s'assurer que de telles règles ne violent pas les droits fondamentaux des individus.
  - § 2 c. D'accord.
  - § 3. D'accord.
  - § 4. D'accord.

XIII et XIV

D'accord.

Edvard Hambro.

### 6. Observations de M. Philip Jessup

La Haye, 8 April 1969.

My Dear Colleague,

I had of course expected to find that your report for the First Commission would be a masterly treatment of the subject and I have not been disappointed. Please accept my congratulations on the organization, the clarity and the profundity of your study.

I shall direct my remarks to your questionnaire, adding some general remarks from time to time as you suggest and taking advantage finally of the freedom offered by your question No. 13, although the points on which I may touch are not ones which you have neglected to envisage.

### Questions 1.

- 1. My answer is in the negative. However, I give this reply not because I think the question of regional organizations should be omitted on the ground that the problem is not ripe for study, but because I think it is a separable problem and its treatment in your report would complicate and unduly extend it.
- 2. I answer the three questions in the affirmative, being in agreement with your analysis.
- 3. Again I answer affirmatively, your arguments being, I believe, persuasive.
- 4. Certain points of view will emerge in my answers to later questions but I do not find it necessary to set them forth here.

### Ouestions II.

- 1 and 2 ff. I think the definition is helpful but I would not accept the text by Kotzsch given at the bottom of page 10. The situations with which you deal are not confined within the scope of "a continuous clash of arms". I do not wholly accept your conclusion regarding the Forces in the Korean war although I agree that you can make a distinction. Although the commander of the forces may have acted from time to time in a manner not acceptable to some Members of the United Nations, this might equally be true in the case of a commander appointed by the Secretary-General or by the Security Council. The Government of the United States and the other Governments whose forces participated, sought to act in accordance with United Nations views. In my view, you overstress the "lien d'allégeance" which cannot always exist when a United Nations Force is composed of national contingents in the situations to which you subsequently advert. I find it difficult to state just where the line should be drawn but I cannot wholly subscribe to the thought underlying the last sentence in the first paragraph of Resolution I.
- 3. In line with what I have said, I do not feel that one can draw as sharp a line as you do. While I think you should retain your general idea of United Nations control, I should prefer to see a somewhat more flexible formula. I may add that while it is a small and debatable point, I question the use of the term "organe"; under Article 7 of the Charter it is the Secretariat and not the Secretary-General which is an organ, and I doubt whether the illustrations on page 21 could be called "subsidiary organs". Perhaps in French my difficulty does not arise.
- 4 and 5. I answer affirmatively, pointing to what has been stated above. I may add that in relation to the last sentence

in Chapter I, on page 21, you could have a situation in which one or more States are charged with the task of acting as a U.N. Force and having an individual commander selected and appointed by the United Nations.

## Ouestions III.

- 1. I answer "No".
- 2. "Yes".
- 3. "No".
- 4. "Yes".
- 5. I like very much the statement in the paragraph marked a) on page 34 and in general I agree with your commentary under section 3. However in Resolution II. I think there might be some redrafting with a view to a clarification. I think you have made clear that some of the law on belligerent occupation is not directly concerned with what one would understand by the "horrors of war" or indeed in general by humanitarian considerations. I think you bring this out on page 29 but in Resolution II, the powers of the occupant seem to derive from the basic principle of restraining the horrors of war. Following the same line of thought, I suggest that in Resolution No. II in section 3, one should not be limited to respect for humanitarian rules. In this same Resolution, in the three lettered paragraphs, I find the formulation somewhat insufficient. The text states a desideratum but does not give guidance for cases in which the appropriate action is not taken.

I applaud the views expressed in the paragraph which begins on the bottom of page 43 and runs over on page 44 but I must confess that I am not an adherent of the view that it is a persuasive juridical argument to rely on the ancient maxim that "nature abhors a vacuum". Your reasoning is

strong enough without a reference to the alternative of a "vide juridique".

In regard to Resolution IV, I would suggest that in regard to conventional rules which are declaratory of customary law or which have become such, it is not necessary for the United Nations to accept them contractually. Here and elsewhere I would think it better to have a General Assembly Resolution comparable to the one adopted on the Nuremberg rules, asserting that they are part of accepted international law.

Your section 4 on page 46 is persuasive. As a small point, I would suggest that at the end of the sentence in the 7th line on page 49, one might add the thought that another alternative would be if the "contrôle" were "immediate". I do not wholly agree with your conclusion on page 58 that the problem under consideration there is wholly outside the scope of this Commission's task.

In regard to the Resolution IV, I am troubled by the first paragraph since I do not envisage the type of organs which could be established without subordinating the United Nations. But I think you should not delve deeply into this problem.

6. I quite agree that you should not deal with the possible creation of permanent forces for the United Nations.

I have no criticism of Resolution VII.

In Resolution VIII, I would omit the first paragraph. In the second paragraph, I would omit reference to the Permanent Court of Arbitration which is not a body capable of functioning in this way.

I welcome in the Resolution IX your saying that the United Nations action is "necessary" and not merely "desirable".

Questions IV.

1. My answer is "No".

- 2. I answer "Yes" and I think the second part of the question is an a fortiori case.
- 3. This is a difficult question of interpretation of the Charter which I think we should not consider. If you go into it, there would need to be a full discussion of the Uniting for Peace Resolution. I would therefore reserve my approval of Resolution X. In the second paragraph of that Resolution, we again are confronted by obligations imposed by the Charter—but we cannot tell precisely what they are.

It is wise to keep in mind the hypothesis that the Security Council may be stalled or inactive.

I would be cautious throughout in any commitment about the status of the law of neutrality—it is too big a subject to be fully explored here.

In Resolution XI, I again think the first paragraph takes us into an interpretation of the Charter which we should avoid. But I do not disagree with the idea embodied here and suggest it might be cast in terms which did not rest upon Charter interpretation. In regard to your question No. 4 under IV, I again think one cannot decide unless one wishes to make a complete analysis of the use of the Uniting for Peace Resolution.

Under No. 6, I answer the first question "Yes" but think the second question depends upon the exact action taken by the Security Council. The last two questions I answer in the affirmative. Further in regard to Resolution X, could not a U.N. Force be acting even in the situation described in the first paragraph?

No. 7. "Yes".

No 9 "Yes".

No. 10. I would not enumerate.

As for Resolution XII, I suggest a State may be designated as aggressor even when it is not engaged in military operations

and that the Security Council may act when there is a threat to the peace, but not an actual breach.

I suggest that the first paragraph under section 2 (a) is futile; I recall your wise admonition on page 86. The last subparagraph on prize and blockade is sound. I think the first subparagraph under c) is beyond the scope of our Commission. The last paragraph under c) is also doubtful, since, as you have noted elsewhere, there are limits on the availability of U.N. funds and other resources. Moreover there is the question whether financial aspects would not require action by the General Assembly.

- No. 11. I cannot wholly agree with you about non-Member States. I would put it this way: given the general scope of the powers of the United Nations, I do not think that it can be said that the Security Council would violate the rights of a non-Member under international law if it found it necessary to require it to take certain actions. I therefore reserve my position on Resolution XIII; I cannot agree to it in its present form
- No. 12. I think Resolution No. XIV is inadequate. I do not see why this Convention should be treated as something separate and apart from the main stream of our study. As suggested earlier, I think there should be a General Assembly Resolution acknowledging its juridical force for the United Nations. I agree it has not as much support as a rule of customary international law but de lege ferenda I would resolve in favour of strengthening it.
- No. 13. I think I need here mention only one small point. I suggest that entities other than "States" may be involved. Thus, for example, you add the category of rebels; there may be others.

Finally may I say that I have had to study your excellent report and prepare these notes when I do not have a library available. Perhaps in subsequent stages I may be excused if I add to what I have written here.

I look forward to the possibility of further discussions at Edinburgh.

Very sincerely yours, Philip C. Jessup.

#### 7. Observations de M. Charles Rousseau

Paris, le 1er juin 1969.

Mon cher Confrère.

J'ai pris connaissance avec le plus grand intérêt de votre rapport sur "les conditions d'application des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies et des organisations régionales" et je veux tout de suite vous dire combien je l'ai trouvé remarquable.

C'est beaucoup plus qu'un rapport exploratoire. Le problème était nouveau et, à beaucoup d'égards, difficile. Vous l'avez exposé avec beaucoup de clarté. J'ai surtout apprécié l'esprit dans lequel vous avez conduit votre analyse, éloigné de toute vue a priori ou de toute prise de position systématique.

D'une manière générale, je suis d'accord avec vos conclusion et réponds comme suit à votre questionnaire.

- 1. Questions relatives à l'introduction du rapport préliminaire.
  - 1. a) Non.
    - b) Séparément.
    - *c*) Oui.

- 2. Oui sur les trois points.
- 3. Non sur les deux points.
- 4. Non. Je suis tout à fait d'accord avec vous.

# II. Questions relatives au Chapitre I.

- Oui.
- 2. Je suis d'accord avec la définition proposée et, notamment, avec l'expression « tous corps armés institués par l'Organisation des Nations Unies », sans chercher à préciser quel sera l'organe compétent en l'espèce (Conseil de Sécurité ou Assemblée générale), ce qui ferait rebondir une controverse politique dans laquelle l'Institut n'a pas à entrer.
  - 3. Non.
  - 4. Oui.
  - 5. Non.

## III. Questions relatives au Chapitre II.

- 1. Non.
- 2. 3 et 4. Oui.
- 5. Non.
- 6. Pas de suggestions spéciales.

# IV. Questions relatives au Chapitre III.

- 1, 2a et 2b. Non.
- Non.
- 4. La même valeur qu'aux autres recommandations de l'Assemblée.
  - 5. Pas de critiques à formuler.
- 6. Oui, mais seulement sur la base d'une recommandation du Conseil.
  - 7. Oui.
  - 8. Pas de critiques.

- Oui.
- 10 et 11. D'accord avec les Résolutions XII et XIII.
- 12. Justifié.

Charles Rousseau.

### 8. Observations de M. Oscar Schachter

New York, 13 November 1969.

My dear Mr. Secretary-General and esteemed Colleague,

Please accept my apologies for my delay in replying to your questionnaire and in submitting observations on your preliminary report for the First Commission on the conditions for the application of the laws of war to the military operations of the United Nations and the regional organizations. May I say at the outset that I am in general agreement with the main lines of your excellent report and draft resolutions and that I have reservations on only a few matters. My comments will relate principally to these reservations.

- 1. I agree that responsibility for the application of the laws of war falls on the United Nations only in respect of United Nations Forces which are under the effective control and direction of the Organization. May I make three subsidiary comments in connection with this point.
- a) It seems superfluous for draft resolution I to refer to control by "one of its organs". Would it not be sufficient to refer to the Organization? Conceivably control and direction may be shared by two or more organs.
- b) In my view the proposed definition of United Nations Forces may apply to situations in which the operational

command of the Forces has been entrusted to a single State or group of States provided that "effective Control" remains with the Organization. I see no a priori reason to preclude that possibility; it is a question of fact.

- c) I suggest that the proposed definition should be understood as not pre-judging the question of the authority of the organization to designate as "United Nations Forces" armed units which are not under the effective control of the Organization. This is simply to say that the definition of United Nations Forces for the present purpose of imputing responsibility in regard to the laws of war is not to be construed as a limitation on the competence of the Organization to determine that forces under national control may, in certain situations, be designated as United Nations Forces. That question seems to me to be outside the Commission's terms of reference.
- 2. I would suggest that some attempt be made in the draft resolutions to clarify the meaning of "military operations". My concern is that the expression "military operations" by itself might be thought to cover the military-type activities (as for example, patrols, barricades, check-points) of U.N. armed peace-keeping forces engaged in maintaining law and order or policing cease-fire lines. If my understanding is correct that this construction is not intended I would propose that it be stated expressly that the resolutions are to apply only where there has been armed combat carried on by organized forces of such amplitude and duration that it could be considered as war in the material sense. While this is far from a precise or elegant definition of military operations it would help to avoid an interpretation under which the characteristic U.N. peace-keeping activities by military units would be regarded as "military operations".

- 3. I am rather dubious about suggesting (as does draft resolution IV) that the United Nations adhere to the conventions or alternatively adopt a resolution that it considers itself as bound by them. I do not consider a resolution to be necessary and share the general opinion in the Commission that the humanitarian laws of war apply to the military operations of U.N. armed forces de lege lata.
- 4. I share the opinion expressed by some of the Commission members that not all of the articles of the Geneva Conventions of 12 August 1949 can be regarded as part of customary law.
- 5. While I agree with the objective of draft resolutions VI to IX to attain better application of the humanitarian laws of war, some of the resolutions seem to go too far in their administrative suggestions. For example, I see no sufficient reason to suggest (as in resolution VI) that the U.N. should establish impartial and independent organs to pass on claims. It may well be that internal administrative arrangements would operate more expeditiously and effectively than would quasi-judicial organs. My preference would be the deletion of draft resolution VI. I also have reservations as to the recommendation of draft Resolution VIII for a permanent international organ capable of assuming the functions of a Protecting Power. In any event, the last two paragraphs of this draft resolution seem too detailed and should be dropped.
- 6. I have reservations about the formulation of draft resolution X insofar as it precludes any derogation from the laws of war and of neutrality except when one of the parties has been designated as an aggressor by the Security Council. This does not mean I support the conclusion of an automatic derogation or discrimination whenever United Nations Forces are involved in combat. However, I am dubious as to whether

an explicit or even an implied determination of an act of aggression is a necessary condition for Security Council decisions which involve derogations from the laws of war and of neutrality. As the preliminary report recognizes, the Security Council has the power to establish United Nations Forces and to take other measures of an obligatory character under chapter 7 when it has found a threat to the peace or a breach of the peace. In that event the Council may adopt decisions under articles 41 and 42 which I believe could have the effect of requiring derogation from the laws of war or of giving the United Nations Forces a privileged position in respect of the laws of war of a non-humanitarian character. I do not find any basis for the conclusion that the Council's power to adopt measures which involve derogation from the laws of war of a nonhumanitarian character requires a determination of an act of aggression when such determination is not needed for other measures that might be taken under articles 41 and 42.

7. In case the Council has designated a State as an aggressor against which United Nations Forces are engaged, I would suppose that the United Nations Forces would be entitled to at least the same position vis-à-vis the aggressor as is accorded by general international law to States victims of the aggression or engaged in combat against the aggressor. I cannot see that giving the United Nations Forces the same position as the forces of a State combatting an aggressor would involve any conflict with the discretionary authority of the Security Council since the Council would remain free to take whatever measures it wished. In accordance with this view I would propose a draft resolution which would recognize that, when the Security Council has designated a party to an armed conflict as an aggressor the United Nations Forces engaged in combat against that aggressor would have the benefit of the privileges

and rights accorded by customary international law to States which are engaged in hostilities against an aggressor.

- 8. I share the view expressed in the report that the "designation" by the Security Council of an aggressor may constitute a "decision" even though the Council at the same time adopts recommendations to other States, as it may do under the terms of Article 39. I would only observe that this does not necessarily exclude the conclusion that the General Assembly may in certain circumstances have the competence to designate an aggressor and that such a designation may have juridical consequences. However, at the present time I would not recommend that the Institute declare that the designation of an aggressor by any organ other than the Security Council would have the effect of setting aside the existing international law of war and neutrality.
- 9. I am reluctant to support the implied premise of draft resolution XIII that the Security Council may only recommend, and not require, derogations from the law of neutrality by States not members of the United Nations. It seems to me that the precise issue of the authority of the Council is determined by the Charter and that article 2, paragraph 6, taken together with the wide authority of chapter VII is sufficient to empower the Security Council (and indeed imposes a duty on the Council) to "ensure" that States not members of the United Nations act in accordance with the principles of article 2 so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security. If it is agreed (as stated in your draft resolution XI) that the Council has the power under these provisions to take measures of an enforcement character against a non-member State that engages in hostilities on the side of an aggressor State, can one say the Council is unable to take enforcement measures to prevent "assistance" to the aggressor

by a non-member State just because that assistance may be less than actual participation in hostilities? At least there is no provision in the Charter which supports a distinction based on participation in hostilities. In my opinion, it is left to the Council to determine when enforcement measures may be required against a State, whatever the degree of its culpability. (Parenthetically, I do not believe it is absolutely necessary to rely on article 2, paragraph 6, for this conclusion; Chapter VII is sufficient to support the competence of the Security Council vis-à-vis non-Member States; article 2 (6) only strengthens that conclusion.) Admittedly, this implies that the Charter has a character distinct from other multilateral treaties, at least in respect of the power of the Security Council to maintain peace and security in the circumstances referred to in article 39. My position is that in this respect the Charter constitutes general international law, a view which I believe is supported by the eminent scholars cited in the preliminary report, as well as by others. In line with these views I suggest eliminating draft resolution XIII and amending resolution XII paragraph 2 (c) by deleting "les Etats membres" and substituting "tout Etat".

With all good wishes.

Sincerely yours,

Oscar Schachter.

# 9. Observations de M. Finn Seyersted

Buenos Aires, 31 July 1970.

T

1. At the present stage the Commission should confine its studies to UN Forces.

- 2. Yes.
- 3. Yes.
- 4. The scope and spirit of the report appear very satisfactory. However, the Commission may also wish to make some observations on the forces dealt with below, under II 3, although it may wish to do so only after the conclusion of its study of Forces under UN control, cf. below, ad Resolution IV.

### П

- 1. I do not believe that it makes a great difference from the point of view of discrimination whether or not the Force is a genuine Force of the UN (the reasons are given in my book on UN Forces, especially pp. 296-297). The criterion which is decisive in this context is the fact of aggression and the attitude of the UN, rather than whether the Force is under UN or national control. However, this latter distinction is decisive for the question of who is the international bearer of the rights and duties in respect of Force under the laws of war, as explained in the report. And also, of course, for the scope of the report, cf. I 4 above. The Rapporteur may wish to state these two facts, rather than attempt to formulate a definition.
- 2. While I have no substantive objections to any part of the draft resolution, I do not believe that all its elements (e.g. reference to establishment by the UN, to its organs, to the power of such organs, to maintenance of international peace and security) are conditions sine qua non. I would prefer a brief statement to the effect that rights and duties in respect of a Force under the "direction et contrôle" of the Organization vest in the Organization and that the following resolutions are concerned only with such Forces.

- 3. Yes—at least the same discrimination as applies in respect of the State victim of aggression (see my book, pp. 221-294).
- 4. No. I agree with the Rapporteur's analysis, including his reference to "guerre au sens matériel du terme". But (with the Rapporteur) I do not believe that the adversary has to be a government.
  - 5. No. I think the points are very well taken in the Report.

### Ш

- 1. It is enough to state that the customary laws of war apply to all subjects of international law, including the UN and other intergovernmental organizations.
  - 2. Yes, as far as the customary law is concerned.
  - 3. No.
- 4. The principles—yes. But several detailed and arbitrary provisions have not acquired the force of customary law (cf. my book, pp. 181-182, see also e.g. the annexes to the third Geneva Convention and the last paragraph of its art. 66, which completely reversed the 1929 Convention).
- 5. No. I support the main substance of Resolutions II-V, but would like to propose a few amendments:

#### Resolution II .

If the Resolution is confined to the forces defined in Resolution I and is intended to express the existing law, rather than a væu, and as long as the UN has not accepted the provisions of the Geneva Conventions, it appears necessary to delete "par les conventions en vigueur"—and perhaps also "par les prin-

cipes généraux de droit et par les règles du droit coutumier "
—in the first paragraph, and to replace the reference to the Geneva Conventions in the penultimate paragraph by a reference to the rules concerning the treatment of wounded, sick, prisoners, civilians and other [individual] victims of warfare.

Delete the reference in the ultimate paragraph to the powers of the Security Council to derogate from the laws of occupation. In addition to the two alternatives discussed by the Rapporteur at p. 31, both of which are objectionable, there is a third, which should be preferred, i.e. to confine the Resolution to the humanitarian law of occupation, as the non-humanitarian rules are dealt with in a subsequent resolution and is a subsequent chapter of the Report. This might be done by adding at the end "vis-à-vis des personnes [naturelles]" or a similar phrase. The Rapporteur rightly points out that the UN is not obliged, e.g. to respect legislation violating human rights. This could not depend upon a decision of the Security Council, any more that the corresponding right of the Allies in World War II.

# Resolution III, § 3:

Replace "Etat participant" by "Etat fournissant des contingents" or another term which avoids the implication that the states as such are parties to the conflict (see my book p. 126).

It may be useful to state expressly in § 3, second paragraph, that the states providing contingents must undertake to exercise the necessary jurisdiction to enforce the laws of war, to the extent that the UN does not have the power to do so (the League of Nations had this power over the Force in the Saar, see *Transactions of the Grotius Society*, (1944) p. 161), and that any complaint made by the UN shall be investigated and adjudicated in accordance with the applicable law.

Add, as a new § 4, a væu that the UN should prepare a common penal code for all members of the UN Forces, including the members of the various national contingents, and institute a UN criminal jurisdiction over UN officials and other internationally recruited members of the Force and over prisoners of war—until such time as it may be possible to agree upon a common criminal jurisdiction over all members of the Force, including the members of national contingents.

### Resolution IV:

The first paragraph would be a nice fall-back position if the UN does not accede to or accept the conventions. But it is in my view not tenable in respect of a force under UN command, because not all provisions of the Geneva (and 1954 Hague) Conventions constitute customary law, cf. III, 4 above. In the only relevant case in practice so far—the Congo—the UN did not consider the detailed provisions of the Geneva Conventions applicable, but only the "principles and spirit", i.e. the customary law. The first paragraph is true, however, of a UN Force under national command, and should be maintained in that context. As for a Force under UN command, I support Resolution II and the third paragraph of Resolution IV (as it stands), and I propose to strengthen the latter by replacing the word "peut" by "doit" or, still better, by "peut et doit".

### Resolution V:

In the second paragraph, the words "tenue d'assumer" might be dropped, as the UN does not have to assume responsibility, it is responsible.

The third paragraph might emphasise more clearly and precisely the points so well taken on p. 57 of the Report, for example as follows:

"La question interne d'actions récursoires de l'Organisation contre les Etats fournissant des contingents ou de la responsabilité de l'Organisation envers ces Etats doit être réglée [par des méthodes pacifiques et] sur la base des accords conclus entre eux, du droit interne de l'Organisation liant l'Etat en question et des principes généraux de droit ".

### Resolution VI-IX:

Are supported. However, the second paragraph of Resolution VI should be deleted if the resolutions are confined to the Forces described in Resolution I, because only the UN is externally responsible for these, as so well explained in the Report.

The reference to "La Cour permanente d'arbitrage" in the second paragraph of Résolution VII might be deleted.

### IV

1-2. Yes—the prohibition of aggressive war in the Briand-Kellogg Pact, in art. 2, 4-5 of the UN Charter, in other treaties and in general principles of law requires the application of the principle of ex injuria jus non oritur in cases where there are no overriding humanitarian considerations or principles of law. This implies, in the first place, that non-criminal sanctions (including notably invalidity, restitution, reparation) may be applied outside the field of humanitarian law. The war crime judgments cited at pp. 70-71 of the Report confirm that discrimination is not applicable in respect of criminal sanctions, but do not prove that the acts are valid or otherwise free of non-criminal sanctions. The Scandinavian judgments cited ibid., prove that there is no obligation to discriminate even in respect of civil transactions (unless these involve assistance to the aggressor, cf. art. 2,5 of the UN Charter). The practice

cited in chapter VI of my book demonstrates, on the other hand, that discrimination is *permitted* in respect of non-criminal sanctions, even if no formal determination of aggression has been made and even if no UN Force is involved in the conflict.

- 3. If a formal designation of the aggressor is considered necessary to permit the discrimination which as stated above, is authorized in general international law, a decision by authoritative bodies other than the Security Council must suffice, such as the UN General Assembly, a regional organization of which both the aggressor and the victim are members, or a neutral international or municipal tribunal. An admission by the aggressor must also suffice. But only the Security Council can designate the aggressor for the purpose of making decisions pursuant to the new provisions in chapter VII of the Charter—i.e. for the purpose of establishing an obligation to discriminate as permitted under general international law (which the Council should do) or for the purpose of permitting discrimination beyond that authorized in existing general international law (which the Council normally ought not to do).
- 4. A recommendation by the General Assembly confirms and specifies the right to discriminate and the obligation not to assist the aggressor which each State derives from the treaties outlawing war, art. 2, 5 of the UN Charter and from general principles of law. More extensive rights and obligations to discriminate can only be established by decision of the Security Council in accordance with Chapter VII of the Charter.
- 5. Resolution X in its present form would represent a serious "marche en arrière" as compared to existing international law and a set-back for the primary task of the UN: To prevent aggression. It would create rights for the aggressor which would protect him against justified claims of invalidity, restitu-

tion and reparation. Indeed, Resolution X is in two respects more restrictive than the corresponding resolution I of the second François Committee (see Annuaire, Session de Bruxelles, 1963, I, p. 117) and than the Resolution adopted by the Institut. The Resolution might be retained if the second part of the first paragraph is replaced by a recognition of the principle of "ex injuria jus non oritur" as outlined under 1-4 above. At pp. 72 and 95 of his report the Rapporteur recognizes this principle even in the absence of a designation by the Security Council, although not as discriminatory (does he envisage application of the principle also to the detriment of the victim of aggression?). On the matter of principle, I support the statement by our confrère, Sir Humphrey Waldock at Brussele 1963:

"L'Institut doit éviter tout texte de Résolution qui puisse suggérer, pendant une guerre d'agression, qu'il existe un droit à utiliser des armes conventionnelles. Ce droit n'existe pas et ne peut pas exister. Il en est de même pour les mesures économiques, d'une importance particulière pour les Etats tiers: il n'y a pas de droit de recourir à ces mesures. Employer dans ce contexte le mot droit serait reprendre le langage du passé 1".

On the question of practical application, on the other hand, it should be recalled that the second François Committee was unable to reach agreement on the question of whether discrimination required Security Council designation, because the question was discussed in the abstract, purely as a matter of general principle. If the present Committee will discuss each field of law and each sanction separately, on the lines of the Rapporteur's draft Resolution XII, it may discover that the adherents of

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Annuaire de l'Institut de Droit international, Session de Bruxelles 1963, II, p. 325.

discrimination make only a modest use of the principle of "ex injuria just non oritur", and that the opponents of discrimination do recognize that principles in respect of non-criminal sanctions (invalidity, restitution, reparation) in the non-humanitarian field even without a formal designation of the aggressor by the Security Council. If not, we must, at subsequent stages, follow the example of the second François Committee and state what is generally agreed, without pretending that the agreed text necessarily lays down the limits.

- 6. Even when the Security Council has designated the aggressor, the right and the duty of states to discriminate is limited to that indicated above, under 1-4, unless the Security Council has extended these rights (which it is unlikely to do) or duties (which it might and should do).
- 7. The law of neutrality as it existed before World War I has already been partly modified by the inter- and post-war developments referred to under 1-4 above. A decision by the Security Council designating the aggressor makes no legal difference, unless the resolution in addition creates rights or duties of discrimination beyond those existing under general international law as it stands to-day.
- 8. I agree with Resolution XI. However, it merely expresses general principles of law, which are not limited to cases where the Security Council has designated the aggressor.

#### Yes.

10. No. But draft resolution XII is useful and I do not find it too detailed. On the contrary, its various parts should be discussed also as parts of the application of the principle of "ex injuria jus non oritur" when no designation of the aggressor has been made by the Security Council, cf. above, under 5. I have some difficulty in understanding the Rapporteur's sugges-

tion at p. 95 of his Report that this principle is applicable, but apparently not "opposable à l'agresseur". I also have some difficulty in seeing the need to include the limitations to "en cas de nécessité" in § 2 (b) and to "en violation du droit de la guerre ou des résolutions adoptées par le Conseil de Sécurité" in §§ 2 (c), fourth paragraph, and 4.

# 11. I support Resolution XIII.

- 12. Resolution XIV certainly is justified, especially as the UN has so far only taken steps to apply the "principles and spirit" of the Conventions, rather than its "provisions". As the Rapporteur points out, I believe that the UN could and should give effect to the 1954 Hague resolution by accepting the Convention in accordance with article 18.3 of the Convention, e.g. in respect of cultural property in a territory that might come under the jurisdiction of the Organization. Personally I believe that it is though to consider the UN unprotected by article 18, 3, as the Rapporteur does. But even if the Committee does not wish to take up this controversial issue, I believe that we should be more specific than the 1954 Hague resolution. We should suggest that that resolution be implemented by a general resolution by the UN accepting the provisions of the Convention and undertaking to apply them in any armed conflict in which UN Forces might become involved. Such a resolution would, on the one hand, give a legal assurance of the application of the Convention even before the issuance of regulations and the conclusion of formal agreements in respect of individual forces (these always take a long time) and would, on the other hand, give the UN a better leg to stand on should it come in a position where it wanted to invoke rights under the Convention.
- 13. See the comments under 5 and 10 above on the need for a specific substantive discussion of fields and sanctions in re-

spect of which discrimination may be permitted without a decision by the Security Council, under the principle of "ex injuria jus non oritur". Such concrete discussion would reveal to what extent there is substantive disagreement on this basic question and to what extent there is merely a difference of terminology, point of departure and legal construction. The discussion should primarily view the problems as they would arise in a civil or international dispute arising before a neutral municipal or international tribunal during or after the war.

Finn Seyersted.

### ANNEXE II

Observations complémentaires de membres de la Première Commission sur le rapport définitif de M. Paul De Visscher du 15 juin 1970.

### 1. Observations de M. Philip C. Jessup

Norfolk, the 17th January 1971.

My dear Colleague,

Please let me express my admiration for your Rapport définitif which I have studied with care and satisfaction. I congratulate you on the skill with which you have dealt with the various comments of the members of your Commission.

I venture to make just a few comments.

On p. 138 I heartily agree with your first paragraph but question the statement in the first sentence of the second paragraph. I bow to your conclusion on p. 139 in the second paragraph even though I am not wholly convinced.

At the bottom of p. 143 I fear the report strays into an area of judging action under or allegedly under the Charter. You have elsewhere skillfully avoided doing this. The statement in the first four lines on p. 144 seems to me to overlook the fact that a law-breaker can always do what you refer to without seeking any justification. I am inclined to question what seems to me a comparable point in the third paragraph on p. 148. Again on the top of p. 149 I fear the report strays into that difficult realm of Charter interpretation. And is it necessary to pass in the competence of the General Assembly at the bottom of p. 152? Following my own line of thought, I would also omit the last paragraph of your section 4 on p. 153.

I think the analogy used at the bottom of p. 154 can lead into dangerous problems.

As for the text of the Resolution itself, I express some doubt about No. VIII. In No. XII, second paragraph, I would prefer to say (please excuse an English paraphrase) "In the same hypothesis, if the Security Council, acting under Articles 39 and 41 of the Charter of the United Nations, addresses to all the member States, or to some of them, recommendations and decisions necessary to the maintenance of peace..." here I would lead into the next paragraph with its sub-sections. Similarly in No. XIII, I would say in effect that if the Security Council recommends or directs certain steps, then those States have a legal obligation to comply.

Yours sincerely, Philip C. Jessup

#### 2. Observations de M. Erik Castrén

Helsinki, le 2 février 1971.

Cher Confrère.

Je vous remercie de vos deux lettres en date du 22 et du 28 janvier 1971.

En ce qui concerne d'abord la première, je tiens à vous féliciter de votre excellent Rapport définitif sur Les conditions d'application des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies. Il me plaît de vous informer que je suis en plein accord sur tout ce que vous dites dans l'introduction générale du Rapport ainsi que sur votre Projet de Résolutions. Je me borne à vous présenter une seule observation de moindre importance concernant la Résolution V où il est dit que les belligérants sont tenus de respecter les conventions (pertinentes) en vigueur, les principes généraux du droit, les règles du droit coutumier et toutes autres règles de droit international généralement reconnues. La dernière source de droit ne figurait pas dans votre Rapport préliminaire et je me demande s'il est indiqué de la mentionner maintenant. S'agit-il vraiment d'une source de droit indépendante, ne suffit-il pas d'éumérer le droit écrit et coutumier et les principes généraux du droit? — Contrairement à notre éminent Confrère, M. Jessup, je propose de maintenir la Résolution VIII telle quelle, parce que je pense qu'elle est très utile.

Je n'ai pas une opinion arrêtée sur la proposition de M. Jessup tendant à modifier le texte de la Résolution XII. Il me semble que la rédaction actuelle est satisfaisante. Le libellé de la Résolution XIII ne devrait pas, à mon avis, être changé comme le propose M. Jessup. On ne saurait faire valoir que les Etats qui ne sont pas membres des Nations Unies ont une obligation juridique de se conformer aux recommandations de cette Organisation.

Permettez-moi d'attirer votre attention sur une étude récente de 418 pages par M. Henri Meyrowitz sur « Le Principe de l'égalité des belligérants devant le Droit de la guerre » publiée en 1970 par les Editions A. Pédone à Paris. L'auteur se réfère aussi à nos travaux à l'Institut avec un certain scepticisme. Or, autant que j'ai constaté, votre Projet de Résolution ne diffère pas des idées principales de M. Meyrowitz. Vous connaissez probablement déjà son œuvre.

Je vous prie, cher Confrère, de croire à mes sentiments dévoués et les meilleurs.

Erik Castrén.

### 3. Observations de M. Finn Seyersted

Buenos Aires, the 27th July 1971.

Mon cher Confrère,

I wish to thank you and to congratulate you upon your final report, and to present again my excuses for having submitted part of my comments too late to be taken into account.

I trust that these comments can be discussed at Zagreb, where I shall of course attend the meeting of the Commission. My two main outstanding problems are as you know related to Resolution V-VI and X ff., respectively.

- 1. I do not believe that all the detailed provisions of the Geneva Conventions constitute customary law and I therefore think that there is the same need for the UN as for any State to accept the Conventions in a way that will legally commit both the Organisation and the opposing forces to apply all their provisions.
- 2. In the case of aggression, I believe that the UN, as well as the State victim of aggression and allied and neutral States, have a right to discriminate against the aggressor outside the humanitarian field as far as non-criminal sanctions are concerned (invalidity, restitution, reparation)—cf. the practice reported in chapter VI of my book on UN Forces. This follows in my view ipso jure from the fact of aggression, and a decision by the Security Council is necessary only to impose a duty to discriminate. I appreciate your effort to solve this problem by adding a reservation in Resolution XV. However, this relates only to reparation. As they stand, Resolutions X-XV still give the impression that courts and governments in belligerent and neutral countries are obliged to recognize the validity of the acts

of the aggressor, except in the rare unlikely cases where the Security Council might intervene specifically. This would be a regrettable "marche en arrière" as compared to practice during and after World War II and an unnecessary violation of the principle of "ex injuria jus non oritur".

As already indicated in my comments: I feel that these questions cannot be satisfactorily solved without a detailed article by article study and field by field and sanction by sanction study, respectively. I realize that your duties as Secretary General of the Institut before the anniversary meeting would make it impossible for you to undertake such a detailed study. However, I would like to ask you and the other members of the Commission whether you can think of other ways to have such a study made inside or outside the Institut before it makes its decision on these points.

I am looking forward to meeting you and the other members of the First Commission in Zagreb.

Finn Seyersted.

### II. Les conflits de lois en matière de droit du travail

(Seizième Commission)

# 1. Rapport provisoire et projet de Résolution

présentés par

### M. Etienne Szászy

### I. Introduction

Le 20 juillet 1968 votre rapporteur a eu l'avantage de soumettre son exposé préliminaire sur les conflits de lois en matière de droit du travail aux membres de la Seizième Commission <sup>1</sup>. Un questionnaire était annexé à cet exposé, résumant les principales questions qui pouvaient se poser en ce qui concerne les règles s'appliquant aux conflits de lois en matière de droit du travail.

Votre rapporteur a reçu de tous les membres de la Commission des réponses écrites excellentes, contenant des observations judicieuses, d'une importance fondamentale, qui ont donné à votre rapporteur un appui très précieux. Votre rapporteur profite de l'occasion pour féliciter tous les membres de la Commission de la profondeur, de la rigueur juridique et de la clarté remarquable de leurs observations. Il veut exprimer dès à présent à tous les membres de la Commission sa profonde gratitude pour la rapidité et la précision avec laquelle ils ont répondu au questionnaire et pour l'aide inestimable qu'ils lui ont apportée.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Cette Commission est ainsi composée: Rapporteur: M. Szászy. Membres: MM. Batiffol, Cansacchi, Fragistas, Francescakis, Graveson, van Hecke, Jenks, De Nova, Schwind, Udina, Valladão et de Yanguas Messía.

Votre rapporteur doit aussi remercier tous ceux qui l'ont aidé dans ses recherches en lui signalant ou en lui envoyant divers documents et études ayant trait au sujet. Il se sent spécialement obligé envers M. Don José de Yanguas Messía pour les idées exposées dans son excellent rapport présenté à la session de Luxembourg en 1937, et envers M. C. Wilfred Jenks et le Bureau international du Travail sous sa direction, pour la documentation fournie sur le droit international du travail. Il exprime également sa reconnaissance à MM. Batiffol, Graveson, De Nova, Udina et Valladão, ces grands spécialistes du droit international privé, pour les conseils qu'ils lui ont donnés, et à MM. Lalive, Gamillscheg et Kahn-Freund pour les idées exposées dans leurs importants ouvrages scientifiques.

Pendant la session d'Edimbourg, la Commission s'est réunie une fois pour délibérer sur la procédure et pour se mettre d'accord sur les principes fondamentaux. C'est sur la base des observations des membres de la Seizième Commission que votre rapporteur a essayé de rédiger ce rapport provisoire, dans lequel il expose les observations générales des membres de la Commission et leurs réponses au questionnaire, puis ses propres idées et soumet à l'Institut un projet de Résolution également provisoire.

#### II. Antécédents et sources

1. Ainsi que votre rapporteur l'a mentionné dans son exposé préliminaire, le problème de la détermination de la loi compétente en matière de droit du travail a déjà été étudié par l'Institut et a fait l'objet de ses Résolutions de Luxembourg, en 1937 (Annuaires, 1936, I, pp. 397 ss, pp. 190-220, 248-257, 273-275).

Ce problème a été étudié également en dehors de l'Institut, ainsi que le relate l'exposé préliminaire, par l'International Law Association, le deuxième Congrès international de droit du travail, la Commission consultative des employés et des travailleurs intellectuels de l'OIT, le cinquième Congrès international de droit du travail et de la sécurité sociale, le Colloque international sur le droit du travail tenu à Szeged (Hongrie), du 10 au 12 décembre 1963, sous la direction du professeur Lász-ló Nagy, le premier Congrès national de droit du travail et de la sécurité sociale d'Argentine (Tucumán, 1960).

2. En ce qui concerne les développements nouveaux dans la structure économique, sociale et politique de la communauté des Etats, il faut reconnaître que l'un des traits caractéristiques de notre époque, et surtout des années qui ont suivi la seconde guerre mondiale, est le grand nombre de travailleurs étrangers employés dans les pays industriels occidentaux. En Suisse, dans la République fédérale d'Allemagne, en France, dans les pays du Benelux, en Angleterre, aux Etats-Unis, au Canada, dans les pays scandinaves, etc., on trouve partout dans les grandes usines des travailleurs de nationalité italienne, grecque, espagnole, portugaise, turque, yougoslave, etc. La détermination de la loi applicable aux relations de travail de ces travailleurs étrangers est donc un problème pratique très important.

Ce problème intéresse aussi les pays socialistes qui envoient, surtout l'URSS, des ingénieurs, des techniciens, des ouvriers qualifiés dans les pays en voie de développement. Le ministre hongrois des Affaires étrangères, dans son exposé du 20 novembre 1964 devant le Parlement, a relevé que « notre empressement dans la coopération démontre que, bien que les bons spécialistes ne soient pas abondants chez nous non plus, beaucoup de nos experts d'hygiène publique et de notre police sanitaire, de nos médecins, de nos infirmiers et infirmières, de

nos géologues, hydrologues, statisticiens, pédagogues de notre corps enseignant universitaire, archéologues, experts d'isotopie, mécaniciens, experts de coopératives travaillent à l'étranger en partie dans le cadre des accords internationaux, en partie dans les œuvres de secours de l'ONU et de l'UNESCO. Les chantiers de travail de nos compatriotes se trouvent en Algérie, en Argentine, en République Arabe Unie, au Ghana, aux Indes, au Mali, au Nigeria, en Arabie séoudite, en Syrie, en Turquie, dans l'Ouganda. »

Ce problème intéresse enfin les pays sous-développés, car ces pays souffrent d'une manière chronique de pénurie de maind'œuvre qualifiée.

Il est vrai que les auteurs ne sont pas d'accord sur la question de savoir ce qui caractérise ces pays et il est également vrai que la majorité des auteurs modernes, et parmi eux M. S. Prakash Sinha dans sa monographie New Nations and the Law of Nations (1967), se basant sur le livre de E. Staley: The Future of Undeveloped Countries (1961), sont d'avis que les pays en voie de développement sont caractérisés par la modicité du revenu national, à savoir par le fait que le revenu annuel de chaque personne (per capita) est au-dessous de 300 dollars, par conséquent moins du dixième du revenu annuel par tête réalisé dans les Etats-Unis d'Amérique. Votre rapporteur est convaincu que c'est la pénurie chronique de main-d'œuvre qualifiée qui doit être considérée comme un des critères les plus importants pour caractériser les pays sous-développés.

Il faut toutefois noter, comme le remarque à juste titre le rapport général préparé par le Bureau international du travail pour le deuxième Congrès international de droit du travail, tenu à Genève du 12 au 14 septembre 1957, que si la nationalité des travailleurs est le facteur d'internationalisation des rapports de droit le plus évident, elle est loin d'en être le seul : le

domicile ou la résidence, le lieu de passation d'un acte, le lieu d'exécution d'une obligation ou de réalisation d'un fait, sont également susceptibles de faire varier la loi applicable. Dans les relations de travail, tous ces éléments jouent leur rôle et on constate qu'à l'heure actuelle, c'est de plus en plus fréquemment qu'ils présentent le caractère d'extranéité qui fait passer le rapport du plan interne sur le plan du droit international (Actes, 1957, p. 315).

Il convient aussi d'observer que la solution des conflits de lois dans les pays en voie de développement est assez difficile, car tandis que ces pays reconnaissent que l'emploi des travailleurs qualifiés étrangers est un problème vital pour eux, ils se montrent très susceptibles quant à leur souveraineté récemment acquise. Comme le souligne Arthur Lewis dans son livre d'une importance fondamentale, The Theory of Economic Growth (1955, p. 412):

... at present most of the less developed countries are in a state of reaction against nineteen century imperialism. They have acquired a distaste for foreign capital and foreign administration and they are more anxious to protect themselves from further exploitation than to take advantage of current opportunities.

3. En ce qui concerne les sources du droit international du travail, en dehors des sources internationales et nationales indiquées dans l'exposé préliminaire <sup>1</sup>, il faut mentionner les conventions n° 115-132 élaborées par l'Organisation internationale du Travail, parmi lesquelles on trouve parfois des règles de conflit ayant trait au droit du travail et, parmi les sources nationales nouvelles, l'article 20 de la loi albanaise n° 3920,

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Exposé préliminaire pp. 336-338 ci-après.

du 21 novembre 1964, laquelle stipule que les relations de travail basées sur des contrats de travail doivent être appréciées, si les parties n'ont pas choisi l'application d'une autre loi, selon la loi de l'Etat sur le territoire duquel le travailleur effectue son travail, donc selon la lex loci laboris. Les relations de travail des travailleurs dans des entreprises de transport doivent être appréciées suivant la loi albanaise de la façon suivante: dans les expéditions par chemin de fer ou par des transports en commun suivant la loi de l'Etat sur le territoire duquel le siège de l'entreprise se trouve, dans les expéditions par voie navigable intérieure ou par air suivant la loi de l'Etat sur le territoire duquel le véhicule a été enregistré, dans les transports par mer suivant la loi de l'Etat sous le pavillon duquel le transport est effectué.

La lex loci laboris est considérée comme compétente selon l'article 62 de l'excellent projet de loi brésilien préparé par M. Valladão en 1963 et autorisé par les décrets nos 51005 de 1961 et 1490 de 1962 (Lei Geral de applicação das normas juridicas), lequel stipule:

As relações de trabalho iniciadas exercidas ou concluídas em território brasileiro aplicam-se as leis brasileiras referentes a direitos, vantagens e garantias, minimos, do empregado. Parágrafo único. Dependendo tais direitos de prazo de atividade do empregado, será também computado o tempo da mesma decorrido no estrangeiro.

Parmi les lois nouvelles, ni le décret-loi portugais sur le droit international privé du 25 novembre 1965, ni le nouveau texte du projet de loi uniforme Benelux de 1967 ne contiennent de dispositions sur la détermination de la loi compétente pour les relations de travail.

Suivant l'article 196 du Restatement of the Law Second préparé par l'American Law Institute (Conflict of Laws, Proposed Official Draft, 1er mai 1968):

the validity of a contract for the rendition of services and the rights created thereby are determined, in the absence of an effective choice of law by the parties, by the local law of the state where the contract requires that the services, or a major portion of the services, be rendered, unless, with respect to the particular issue, some other state has a more significant relationship to the transaction and the parties, in which event the local law of the other state will be applied.

Le Restatement considère donc également comme applicable la lex loci laboris, pourvu que les parties n'aient pas choisi une autre loi ou que relativement au problème particulier un autre Etat ne soit pas en rapport plus significatif avec la transaction des parties.

## Le Comment explique:

The rule of this Section applies to contracts for the rendition of services whether these are to be rendered by the contracting party himself or by others in his behalf. The rule applies to contracts with servants, independent contractors and agents and with persons exercising a public profession, as lawyers, doctors, brokers, commission agents and factors.

The rule applies if the major portion of the services called for by the contract is to be rendered in a single state and it is possible to identify this state at the time the contract is made. It is necessary that the contract should state where the major portion of the services is to be rendered or that this place can be inferred either from the contract's terms or from the nature of the services involved or from other circumstances. For this reason, the rule of this Section is unlikely to aid in the determination of the law governing contracts for employment aboard a ship sailing the high seas or to serve as a traveling salesman in two or more states. The same is true when the work called for by the contract can be done in any one of two or more states.

The law selected by application of the present rule determines such questions as the duration of the contract, the circumstances under which either party may terminate the contract, the validity of a clause forbidding the employee from entering a business competitive with that of the employer for a stated period after the termination of the employment, and whether the contract of employment must be in writing to be binding.

En ce qui concerne le *locus laboris*, le lieu où le travail doit être effectué, le *Comment* expose ce qui suit :

The importance of the choice of law process of the place where the services, or a major portion of the services, are to be rendered depends somewhat upon the nature of the services involved. This place enjoys greatest significance when the work is to be more or less stationary and is to extend over a considerable period of time. This is true of a contract for employment on the ordinary labor force of a particular factory or of a contract with an independent contractor who will provide labor on a construction project. By way of contrast, the place where the services are to be rendered is of lesser importance when the services are to be of relatively brief duration, as when a workman is employed to do a minor repair job in a given state, or when the employee's duties will require him to travel with fair frequency between two or more states. Even in these latter situations, the place where the major portion of the services is to be rendered, provided that there is such a place, is the contact that will be given the greatest weight in determining with respect to most issues, the state of the applicable law.

### Le Comment continue :

Several factors serve to explain the importance attributed by the rule to the place where the contract requires that the services, or a major portion of the services, be rendered. The rendition of the services is the principal objective of the contract, and the place where the services, or a major portion of the services, are to be rendered will naturally loom large in the minds of the parties. Indeed, it can often be assumed that the parties, to the extent that they thought about the matter at all, would expect that the local

law of the state where the services, or a major portion of the services, are to be rendered would be applied to determine many of the issues arising under the contract. The state where the services are to be rendered will also have a natural interest in them and indeed may have an overriding interest in the application to them of certain of its regulatory rules. The rule of this Section also furthers the choice of law values of certainty, predictability and uniformity of result and, since the place where the contract requires that the services or a major portion of the services, are to be rendered will be readily ascertainable, of ease in the determination of the applicable law.

En ce qui concerne le cas où la lex loci laboris ne saurait être considérée comme compétente, le Restatement explique:

On occasion, a state which is not the place where the contract requires that the services, or a major portion of the services, should be rendered will nevertheless, with respect to the particular issue, be the state of most significant relationship to the transaction and the parties and hence the state of the applicable law. This may be so, for example, when the contract would be invalid under the local law of the state where the services are to be rendered but valid under the local law of another state with a close relationship to the transaction and the parties. In such a situation, the local law of the other state should be applied unless the value of protecting the expectations of the parties by upholding the contract is outweighed in the particular case by the interest of the state where the services are to be performed in having its invalidating rule applied. The latter state may well have such an overriding interest in situations where the rendition of the services would be contrary to its local law, either by reason of their nature or because of the circumstances in which they are to be performed. There will also be occasions when the local law of some state other than that where the services are to be performed should be applied in any event, because of the intensity of the interest of that state in having its local law applied to determine the particular issue.

En ce qui concerne la jurisprudence américaine relative à la détermination de la loi compétente, le rapporteur du Restate-

ment mentionne l'affaire Baffin Land Corp. v. Monticello Motor Inn, Inc. (70 Wash. 2d — 425 P. 2d, 623, 1967). Il ajoute :

On occasion, the place where the services were to be rendered has coincided with that where the contract was made. Donnellan v. Halsey (114 N.J.L. 175, 176 Atl. 176, 1935). The local law of the state where the services were to be rendered has been applied to govern the employment contract even though the contract itself was made elsewhere (Alexander v. Barker (64 Kan. 396, 67 Pac. 829, 1902); Garnes v. Frazier & Foser, (118 S.W. 998, Ky. Ct. App. 1909); Denihan v. Finn-Iffland & Co. (143 Misc. 525, 256 N.Y. Supp. 801, Mun. Ct. 1932); Cookson v. Knauff (157 Pa. Super. 401. 43 A. 2d 402, 1945), or where the place of making did not appear. Elk River Coal & Lumber Co. v. Funk (222 Iowa 1222, 271 N.W. 204, 1937); Watts v. Long (116 Neb. 656, 218 N.W. 410, 1928)). In each of these cases, except the Denihan and Cookson cases, all the work was to be done in a single state. In the Denihan case, however, the employee was assigned to work in New York but made sporadic trips to other States. The court held that New York local law governed since the employee performed the major portion of his work in that state. In the Cookson case the employee was hired in Canada to look after cattle being transported from Canada to Pennsylvania. The court considered Pennsylvania the place of performance and applied the local law of that state. The same result has also been reached where the services were to be rendered by independent contractors and their servants. United States-Alaska Packing Co. v. Luketa, 58 F. 2d 944 (9th Cir. 1932) (local law of state where services were to be rendered applied even though the contract was made elsewhere): Pratt v. Sloan, 41 Ga. App. 150, 152 S.E. 275 (1930) (same). The local law of the employer's principal place of business has been applied where there was no identifiable place of employment. Helfer v. Corona Products, 127 F. 2d 612 (8th Cir. 1942); Weiner v. Pictorial Paper Package Corp., 303 Mass. 123, 20 N.E. 2d 458 (1939). In the second case, the principal office was located in the same state where the contract was made. The same may have been true in the first case, but the opinion does not make this clear. As to the law governing contracts for brokers' services in buying or selling securities or commodities on an exchange, see Lyons Milling Co. v. Goffe & Carkener, 46 F. 2d 241 (10th Cir. 1931);

Hoyt v. Wickham, 25 F. 2d 777 (8th Cir. 1928); Jacobs v. Hyman, 286 Fed. 346 (5th Cir. 1923); Berry v. Chase, 146 Fed. 625 (6th Cir. 1906). See generally 3 Rabel, Conflict of Laws 181-203 (1950).

4. Dans son exposé préliminaire votre rapporteur n'avait pas mentionné les lois de travail des divers pays, bien que leurs dispositions soient à prendre en considération du point de vue de la détermination des principes du droit international du travail.

Parmi les lois de travail des Etats socialistes dont les dispositions se ressemblent et diffèrent de celles des pays occidentaux, il faut mentionner les « Principes fondamentaux de la législation du travail » de l'URSS, publiés en 1959 et contenant quinze chapitres, qui n'ont pas encore été adoptés par l'Assemblée législative, puis les nouveaux codes du travail de la Hongrie (Loi nº II de 1967; Décret nº 34/1967/X.8./Korm., dont les articles 13, 26 (points c), d), f), 53, 56 (al. 3) contiennent des règles de droit international du travail), les codes de l'Albanie (Code nº 4170 adopté le 12 septembre 1966), de la Bulgarie (Code du 13 novembre 1951 modifié le 15 novembre 1957 et le 26 novembre 1963), de la Tchécoslovaquie (Code nº Sb. 65/1965 du 30 juin 1965), de la Roumanie (Code du 30 mai 1950, modifié plusieurs fois, surtout en 1953, 1956, 1957, 1958, 1960 et 1962), de la République démocratique allemande (Gesetzbuch der Arbeit du 12 avril 1961, modifié le 17 avril 1963 et le 23 novembre 1966), de la Yougoslavie (Code nº 288 du 4 avril 1965). Il n'existe pas de codes de droit du travail unifiés en Pologne, en Mongolie (où les principes du droit soviétique sont en vigueur), dans la République populaire démocratique de Corée, dans la République populaire chinoise, dans la République démocratique du Vietnam et dans la République de Cuba.

Dans les systèmes juridiques occidentaux, on trouve des codes du travail unifiés, modernes, dans plusieurs pays. Parmi les plus importants au point de vue du droit international du travail citons:

- a) Dans le groupe allemand évolué sur la base des idées du droit romain et germanique: au Japon (Labor Standards Law du 5 avril 1947) et en Thaïlande (Code du 1er novembre 1956).
- b) Dans le groupe latin : en France (Code du travail de 1910. 1912, 1924, 1927, Code du travail maritime du 13 décembre 1926. Code du travail de la France d'outre-mer du 15 décembre 1952), en Italie (Carta di lavoro du 21 avril 1927), à San Marino (Code du 27 janvier 1949), au Vietnam du Sud (Code du 8 juillet 1952), en Espagne (Fuero de Trabajo du 9 mars 1938, Fueros de los Españoles du 17 juillet 1945), au Portugal (Estatuto de Trabalho Nacional du 23 septembre 1933), en Argentine (Derechos de los Trabajadores du 24 février 1947). en Bolivie (Code du 26 mai 1939), au Brésil (Consolidação das Leis do Trabalho Brasileisas, nº 5452 du 1er mai 1943), au Chili (Código del Trabajo du 13 mai 1931), en Colombie (Código del Trabajo du 5 août 1950, modifié le 26 février 1954 et le 8 septembre 1954), à Costa Rica (Código del Trabajo du 27 août 1943), dans la République Dominicaine (Code du 11 juin 1951), en Equateur (Código del Trabajo du 5 août 1938), au Salvador (la préparation d'un code ordonnée par la Constitution du 7 septembre 1950), au Guatemala (Code du 8 février 1947), au Honduras (Code de juillet 1959), au Mexique (Código del Trabajo du 18 août 1931), au Nicaragua (Code du 12 janvier 1945), au Panama (Código del Trabajo du 11 novembre 1947), au Venezuela (Code de 1963, modifié le 3 novembre 1967).

- c) Dans le groupe suisse: la Turquie (Code du 8 juin 1936).
- d) Dans le groupe anglo-saxon et e) dans le groupe scandinave il n'existe pas de codes unifiés (exceptée peut-être la loi du Libéria du 3 avril 1944).
- f) Dans le groupe musulman: en Afghanistan (Code du 16 janvier 1946), en Iraq (Code du 25 avril 1936, modifié le 13 mai 1942), en Iran (Code du 7 juin 1949), au Liban (Code du 23 septembre 1946), en Arabie séoudite (Décret de 1942), en Syrie (Code du 11 juin 1946).

Les sources et la littérature du droit international du travail sont exposées d'une manière détaillée dans les ouvrages de votre rapporteur: International Labour Law, « A Comparative Survey of the Conflict Rules affecting Labour Legislation and Regulations », 1968 (pp. 68 ss), Nemzetközi munkajog. Öesszehasonlitó jogi tanulmány (Droit international du travail. Etude de droit comparé, en hongrois, 1969, pp. 107 ss), ainsi que dans ses articles: I conflitti di legge nei rapporti di lavoro, i criteri di collegamento (Diritto internazionale, Anno XXI, nº 3, 1967, pp. 231-245) et The Proper Law of Labour Contracts (The International and Comparative Law Quarterly, vol. 17, 1968, pp. 11-27).

# III. Idées générales directrices

Votre rapporteur essayera d'exposer par la suite les idées générales qui président aux observations des membres de la Seizième Commission, puis il développera ses propres réflexions.

1. Votre rapporteur est complètement d'accord avec l'opinion de M. Batiffol en ce que l'indépendance d'une branche de droit n'est jamais que relative et que des liens existent toujours

entre les diverses branches du droit. En effet, le droit international du travail, tout en présentant une indéniable spécificité, est amené, le cas échéant, à recourir à certains principes du droit international privé.

Une autre idée importante de M. Batiffol, et que votre rapporteur partage également, c'est qu'il n'y a pas lieu de fonder notre Résolution sur une distinction de départ entre les règles de droit public et celles du droit privé, car la distinction n'est pas reçue comme telle dans tous les systèmes et ceux qui la professent n'en ont pas tous la même conception, sans préjudice des incertitudes inhérentes aux différentes conceptions retenues.

Votre rapporteur est également d'accord avec M. Batiffol en ce que les conventions collectives n'ont pas encore donné lieu à beaucoup de décisions législatives, judiciaires et administratives dans les divers pays, il faudra donc en procédant à la réglementation de cette matière s'avancer avec prudence, l'expérience des difficultés n'étant pas encore très développée.

L'observation de M. Batiffol est très juste aussi bien du point de vue des systèmes juridiques socialistes qu'occidentaux. Aleksandrov et Moskalenko, dans leur manuel antérieur sur le droit soviétique du travail, ont considéré la convention collective comme une source du droit et ses dispositions comme des règles juridiques. Aleksandrov, dans la première édition de son nouveau manuel publié en 1950 et dans la troisième édition parue en 1959, avait déjà changé son opinion et avait qualifié la convention collective de contrat. Il ne fait pas de doute que, dans la première période du développement du droit du travail en Union soviétique, la partie normative de la convention collective prédominait; plus tard, au contraire, la convention collective se rapprocha du contrat. Les « Principes fondamentaux » de l'URSS, mentionnés plus haut, paraissent considérer la convention collective comme un contrat du droit des obliga-

tions civiles, dont le concept est situé entre les notions de la source du droit et du contrat de travail individuel. Dans la littérature des pays de démocratie populaire et dans la littérature hongroise, la majorité des auteurs est du même avis (László Nagy, Szladits, Világhy, Weltner).

Au début, dans la littérature des pays occidentaux, l'effet juridique des conventions collectives, des Tarifverträge, signées par les organisations patronales et les syndicats professionnels n'a pas été reconnu. Plus tard, ces conventions furent considérées comme des contrats particuliers de droit civil dont l'effet coercitif s'étendait sur les relations de travail des membres de l'organisation patronale et des syndicats, parties de la convention. Dans la troisième période de l'évolution, la partie normative de la convention a été considérée comme une source de droit, laquelle détermine avec force obligatoire les relations de travail même pour des personnes en dehors des organisations patronales et des syndicats. Dans les systèmes fascistes, la nature iuridique de la convention collective subit, de nouveau, des changements. Suivant les lois fascistes, des conventions collectives ne pouvaient être conclues que, sous le contrôle de l'organe administratif de l'Etat, par des syndicats reconnus par l'Etat. Ceux-ci étaient tenus de conclure des conventions, mais le contenu de la convention pouvait être aussi fixé par l'organe administratif de l'Etat. Selon la doctrine dominante aujourd'hui, la convention collective est réputée pour une institution juridique mixte, pour un «contrat-norme», constitué d'une partie normative et d'une partie contractuelle. Dans la partie contractuelle trois obligations principales figurent: 1) l'obligation de constituer certaines organisations (des comités de conciliation, des bureaux de placements, etc.); 2) l'obligation de la paix; 3) l'obligation d'influencer les membres des organisations autorisées à conclure et à exécuter des contrats de travail.

Dans la littérature allemande d'après la première guerre mondiale, suivant la doctrine dominante exposée d'une manière détaillée par Kaskel (Arbeitsrecht, 1928, pp. 19-22), et qui, avec certaines modifications, fait encore actuellement autorité dans la République fédérale allemande, les organisations ne concluent pas les conventions collectives au nom de leurs membres (doctrine de représentation), pas davantage au nom de leurs membres et en leur propre nom (doctrine de convention et de cumulation), mais en leur propre nom (doctrine d'organisation).

En France, jusqu'en 1919, les conventions collectives n'étaient pas munies d'une sanction juridique, mais une loi du 25 mars 1919 rendait obligatoire l'observation de ses dispositions pour les membres des organisations concluant les conventions. A cette époque, la convention avait un caractère contractuel. Une loi de 1936 avait rendu possible l'intervention de l'Etat, l'extension de l'effet de la convention, sur la base d'un arrêté ministériel, à des tiers en dehors des organisations qui avaient signé la convention, de sorte qu'une telle convention avait obtenu le caractère d'une source de droit, et ses dispositions étaient devenues des règles de droit. Cette réglementation a été maintenue par la loi du 11 février 1950, encore en vigueur à l'heure actuelle. Il existe donc à présent en France deux sortes de conventions collectives : la convention dont l'effet n'a pas été étendu par un arrêté ministériel sur les nonmembres, et la convention dont l'effet a été étendu sur les nonmembres et qui possède la nature juridique d'une source de droit. Néanmoins, la doctrine dominante dans la littérature (Rouast) ne considère pas la convention collective étendue comme une source de droit, mais comme une institution mixte. comme un contrat-norme. Le Code du travail dit seulement dans l'alinéa premier de l'article 31 de son livre I, que la convention collective « est un contrat relatif aux conditions de travail, conclu entre un groupement ou un seul employeur d'autre part ». La loi du 11 février 1950 ajoute à cela que « lorsque l'employeur est lié par les clauses de la convention collective de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui ».

En Angleterre la plupart des auteurs n'attache qu'un effet moral et non pas un effet juridique à la convention collective et la considère comme un « gentleman's agreement ».

Votre rapporteur est d'avis que la réponse à la question de savoir si la convention collective doit être qualifiée de source juridique plutôt que de contrat de droit civil dépend de sa nature juridique. Et cela dépend de la question de savoir si elle crée ou non des droits subjectifs et des obligations juridiques.

M. Batiffol écrit qu'il ne serait pas partisan d'exclure complètement l'autonomie de la volonté dans le domaine du droit international du travail, car il existe des « cadres » d'un rang élevé dont les conditions d'emploi peuvent donner lieu à la désignation d'une loi que les parties jugeraient mieux appropriée à la situation. M. Batiffol pense que le juge est autorisé à chercher la volonté implicite des parties, la localisation effective du contrat.

Votre rapporteur a admis dans son exposé préliminaire (pp. 363 ss), ainsi que dans son livre publié en langue anglaise cité (pp. 100 ss), que le problème de l'autonomie de la volonté est un problème très discuté dans la doctrine en droit international du travail. L'on sait que selon la doctrine objective le droit des parties de choisir la loi compétente ne s'étend qu'au domaine des lois facultatives; selon les partisans de la doctrine subjective il couvre aussi le domaine des lois impératives. L'on sait également que les auteurs qui assignent le droit du travail à la sphère du droit public (Niboyet, Caleb, Baldoni, les auteurs italiens d'entre les deux guerres mondiales) voudraient exclure complètement le droit des parties de choisir la loi appli-

cable; par contre, les auteurs qui veulent appliquer aux rapports du travail les principes du droit international privé (Gamill-Simon-Depitre, Anaïs Reboul, Wahle, Lauther, Schwind, Richard, Monaco, Morelli, etc.) sont favorables à la doctrine subjective, et voudraient étendre le droit des parties de choisir la loi compétente aux règles impératives aussi, mais en le limitant à la partie du droit du travail qui appartient au domaine du droit privé. Les anciennes lois polonaises de 1926 sur le droit international privé et tchécoslovaque de 1948 avaient adopté la doctrine objective, alors que les lois polonaise de 1965 (art. 25), tchécoslovaque de 1963 (art. 9), albanaise de 1964 (art. 17), ont adopté la doctrine subjective. Cette dernière peut être considérée à l'heure actuelle comme dominante dans la science et la jurisprudence aussi bien occidentales que socialistes.

Votre rapporteur a démontré dans son exposé préliminaire (p. 365) que le rapport général préparé pour le deuxième Congrès international de droit du travail (Actes, pp. 345-348) remarque que pour écarter l'autonomie de la volonté, les auteurs ont fait valoir le caractère particulier de la législation du travail en droit interne. Pour certains auteurs (par exemple Plaisant), « le contrat de travail s'intègre dans le vaste ensemble que constitue la législation du travail, il est devenu l'acte-condition qui détermine l'application d'un statut légal ». D'autres (par exemple Lanfranchi) ont fait valoir que le contrat de travail constituait le plus souvent un contrat d'adhésion et qu'il était par conséquent nécessaire d'assurer la protection morale et sociale du travailleur par l'application impérative de la loi territoriale. Baldoni, Bassano, et d'autres auteurs italiens ont fait valoir que l'existence des conventions collectives de travail conduisait nécessairement à soumettre à la loi territoriale les contrats individuels conclus dans le cadre des conventions collectives, et cela, que l'on considère la convention collective comme un acte productif de normes juridiques ou seulement comme donnant naissance à des rapports de droit. Le caractère de droit public de l'ensemble de la législation du travail ferait ainsi sortir le contrat de travail du cadre des rapports contractuels de droit privé et la règle de conflit serait en conséquence celle qui est applicable aux rapports de droit administratif: compétence exclusive à l'intérieur des frontières et compétence strictement territoriale.

Sont hostiles à la doctrine subjective une partie de la doctrine américaine (Beale, Goodrich, Stumberg, etc.), la doctrine suisse (Schnitzer), la doctrine et la jurisprudence néerlandaises (van Brakel, Mulder, Kollewijn).

Certains auteurs ont tenté de soustraire le contrat de travail à la loi d'autonomie dans les rapports internationaux, en affirmant que le droit du travail, dans son ensemble, était une matière d'ordre public (voir la théorie exposée dans le rapport national italien, soumis au Congrès de Genève en 1957, *Actes*, pp. 479-480).

Votre rapporteur partage complètement l'opinion de M. Batiffol en ce qui concerne les relations de travail des « cadres » d'un rang élevé dont les conditions d'emploi peuvent donner lieu à négociation, donc à la désignation d'une loi que les parties jugeraient mieux appropriée à la situation. Et même, il va plus loin et admet aussi que les autres travailleurs doivent également être autorisés à écarter certaines dispositions de la loi normalement compétente par le choix d'une autre loi. Mais il pense que la soumission du contrat par les parties à une autre loi que la loi normalement compétente ne doit pas pouvoir éliminer les dispositions impératives de cette dernière. M. Batiffol admet aussi que « la soumission du contrat à une loi autre que celle du lieu d'exécution ne saurait éliminer complètement les dispositions de cette dernière, qu'on les qualifie d'ordre public, de police ou de droit public ».

Cela veut dire que votre rapporteur est partisan de la doctrine dite *objective* et reconnaît l'autonomie des parties dans le domaine des règles facultatives.

Le rapporteur pense que c'est cette dernière doctrine qui devrait être adoptée. Comme il l'a écrit dans son exposé préliminaire (p. 366), il admet que la volonté humaine joue un rôle aussi grand dans la conclusion du contrat de travail que dans la conclusion de tout autre contrat. Il admet également que cette volonté demeure essentielle au moment de la rupture. Mais il est d'avis que le contrat de travail passe de la phase contractuelle à la phase institutionnelle en ce sens que la volonté des parties a de moins en moins d'importance; dans la mesure où cette volonté se retire, l'autonomie se retire aussi, puisqu'elle a pour point de départ la volonté.

Votre rapporteur ne saurait accepter la doctrine dite subjective, car l'adoption de la doctrine subjective aurait pour résultat l'application du principe de l'autonomie de la volonté seulement dans le domaine du droit du travail relevant du droit privé, la difficulté étant alors de délimiter les domaines du droit du travail relevant du droit privé et du droit public respectivement (voir les observations de Yanguas Messía dans l'Annuaire, 1936, pp. 436 ss).

Les arguments invoqués en faveur de la doctrine subjective par les auteurs en droit international privé sont ici peu convaincants. Il est entendu qu'il faut protéger le travailleur contre l'exploitation de la part de l'employeur, mais l'adoption de la doctrine subjective n'assure pas cette protection, car le travailleur est dans une position inférieure vis-à-vis de l'employeur, de sorte que le premier ne pourra pas toujours stipuler l'application de la loi qui lui est la plus favorable. Il faut souvent protéger le travailleur contre sa volonté aussi. En outre, ce ne sont pas seulement les intérêts du travailleur qu'il faut protéger, mais également les intérêts de l'employeur et de l'écono-

mie nationale. Or, ces intérêts sont mieux protégés si l'on écarte les conséquences de la doctrine subjective. Il est désirable, dans l'intérêt de l'économie nationale, que l'unité de l'usine soit maintenue et que les rapports juridiques des divers travailleurs ne soient pas appréciés selon des lois différentes.

Votre rapporteur aimerait attirer l'attention sur l'alinéa 2, point b) du paragraphe 187 du Restatement of the Law Second. Il est vrai que le Restatement Second américain, contrairement au premier Restatement de 1934, avait accepté en principe la doctrine subjective, mais il avait stipulé que la loi choisie par les parties ne saurait être considérée comme compétente si

... (the) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of paragraph 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.

# Le Comment ajoute à cette disposition que

the rule of this Subsection applies when it is sought to have the chosen law determine issues which the parties could not have determined by explicit agreement directed to the particular issue. Examples of such questions are those involving capacity, formalities and substantial validity. A person cannot vest himself with contractual capacity by stating in the contract that he has such capacity. He cannot dispense with formal requirements, as that of a writing, by agreeing with the other party that the contract shall be binding without them. Nor can he by a similar device avoid issues of substantial validity, as whether the contract is illegal.

En faveur de l'acceptation de la doctrine objective dans le domaine du droit du travail votre rapporteur invoque une observation, publiée ailleurs, de M. Batiffol qui déclare que,

lorsque la loi réglemente dans le détail le contrat de travail, elle entend viser tout travail exécuté dans le pays, et les parties ne sauraient rejeter telle ou telle règle sous prétexte que le contrat est soumis à une loi étrangère, notamment parce qu'il a été conclu à l'étranger. Le seul fait que la réglementation ne s'applique pas seulement au contrat de travail, mais à toute relation de travail, caractérise le système. Le droit contemporain tend à placer le travailleur dans une situation légalement définie, et l'ensemble de ce statut légal doit s'imposer à tout travail exécuté dans le pays. Nous retrouvons là l'idée tenace de territorialité du droit du travail.

Votre rapporteur aimerait ajouter à cela que la jurisprudence belge récente aussi, comme M. François Rigaux le constate dans son excellent nouveau manuel: Droit international privé. (1968, p. 447), n'offre pas d'exemple d'application de la loi d'autonomie au contrat de travail ou au contrat d'emploi. C'est, en général, la loi du lieu d'exécution du contrat qui est appliquée. On peut citer ici l'arrêt Comm. Bruxelles, 9 février 1935, Clunet, 1936, 195; Prud. Liège, 14 septembre 1964, J.T., 1965, 179, écartant des indices qui convergeaient tous vers une autre loi; ainsi que l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 1968 (S. A. Belgroma c. Van Caeter, J.T. 1968. 310) lequel ne contient aucune allusion à la loi d'autonomie. M. Rigaux remarque que même si la loi d'autonomie ou la loi du lieu de conclusion est, en principe, déclarée applicable, cette compétence est limitée par les règles de police contractuelle en vigueur au lieu, ou aux divers lieux, d'exécution.

Votre rapporteur aimerait aussi, se référer à l'alinéa 2 de l'article 13 du projet Benelux, lequel stipule :

Lorsque le contrat est manifestement localisé dans un pays déterminé, les dispositions de la loi de ce pays dont la nature et l'objet particuliers spéciaux excluent l'application de toute autre loi, ne peuvent être écartées par la volonté des parties. Comme le constate l'exposé commun arrêté le 3 novembre 1966 par les trois ministres de la Justice du Benelux, cette disposition, « loin de vouloir innover en la matière, se borne à consacrer les limites que la doctrine et la jurisprudence la plus récente ont assignées au domaine de l'autonomie de la volonté ». L'exposé commun ajoute :

La législation sociale d'un pays régira certains effets de tout contrat de travail ou d'emploi qui s'exécute dans ce pays, etc.

Votre rapporteur aimerait remarquer que, dans la majorité des cas, le contrat de travail est un contrat d'adhésion et, même aux Etats-Unis d'Amérique, on est d'avis que la loi d'autonomie ne saurait être appliquée à ces contrats. Même M. Ehrenzweig admet que

in the vast majority of true adhesion cases ... courts have ignored the stipulation (of the applicable law by the parties) in order to protect the adherent. (A Treatise on the Conflict of Laws, 1962, p. 456.)

- 2. M. Cansacchi dans sa réponse du 28 février 1969 expose une idée extrêmement intéressante et originale qui, si elle était acceptée, pourrait peut-être concilier les divergences de vues entre les doctrines subjective et objective, c'est qu'on pourrait consentir aux parties le choix de la loi régissant le rapport de travail sous trois conditions:
- a) que le choix de la loi soit expressément déclaré dans le contrat (de manière à exclure totalement des interprétations douteuses);
- b) que les règles impératives édictées par l'Etat pour la tutelle du travail et les prévoyances sociales (telles que les assurances obligatoires en faveur des travailleurs) soient en tout cas respectées:

c) que si les avantages patrimoniaux attribués aux travailleurs par la lex loci laboris generalis ou specialis, sont plus favorables que ceux conférés par la lex voluntatis, la lex loci laboris soit appliquée en substitution de cette dernière.

Une autre observation intéressante de M. Cansacchi concerne les difficultés qui dérivent de l'application simultanée de deux lois : d'une loi étrangère et des règles de droit public en vigueur sur le territoire où le travail est exécuté. Dans ce cas, M. Cansacchi déclare d'une manière expresse que

même en Italie, malgré la teneur de l'article 25, premier alinéa, des Dispositions préliminaires au Code civil, certains juristes et certains arrêts appliquent davantage au rapport de travail la lex loci laboris excluant ou limitant le plus possible l'emploi de la lex voluntatis (c'est-à-dire la loi choisie par les parties au contrat).

3. Votre rapporteur pense que M. Fragistas a raison lorsqu'il explique que, pour répondre à la question sur l'autonomie du droit international du travail, il faut d'abord préciser la portée du terme de droit international privé. Dans le sens large du mot, le droit international privé comprend toutes les branches du système juridique qui règlent des conflits de lois, donc il comprend le droit international du travail aussi. Dans le sens strict, par contre, il se limite aux relations du droit privé. Mais même si nous considérons le droit international du travail comme une partie du droit international privé, il faut reconnaître, selon M. Fragistas, qu'il présente des particularités qui peuvent justifier une déviation des règles générales en vigueur du droit international privé.

Votre rapporteur trouve aussi très intéressant ce que dit M. Fragistas au sujet de l'application du principe de l'autonomie de la volonté dans le domaine du droit international du travail. M. Fragistas écrit :

... qu'il serait mieux de ne pas accepter dans le domaine du droit du travail le dogme de l'autonomie de la volonté des parties. A

cause de la position prépondérante de l'entrepreneur, ce principe pourrait conduire à des solutions iniques. L'entrepreneur pourrait imposer au travailleur l'application d'une loi moins favorable que celle qu'il serait juste d'appliquer. Il vaut mieux que cette dernière soit fixée directement par la loi.

### M. Fragistas continue:

Mais on pourrait douter de devoir insister sur ce principe dans les cas dans lesquels les parties ont convenu l'application d'une loi plus favorable au travailleur que celle prévue par les règles de conflits. De nos jours, il est certain que partout dans le droit du travail il y a un esprit de faveur envers le travailleur et il serait naturel de projeter cet esprit sur le droit international du travail.

Il est intéressant de noter que, selon M. Fragistas, étant donné que la détermination du lieu du travail joue indirectement un rôle pour la détermination de la loi applicable, la *lex loci laboris* ne doit pas être appliquée si l'employeur n'a pas embauché le travailleur pour travailler dans un pays déterminé. C'est, selon M. Fragistas, la loi du siège qui doit être appliquée dans ce cas.

- M. Fragistas estime que la diversité des solutions selon le degré hiérarchique du poste de l'employé ne correspond pas à l'esprit démocratique de notre temps. Par ailleurs, il n'est pas toujours facile de dire si un poste est vraiment élevé ou non. Toutefois, écrit M. Fragistas, il faut admettre que les « cadres » à cause de leur haute position sont censés être plus liés à l'entreprise que les autres employés et il en résulte que l'on pourrait invoquer des arguments en faveur de l'application de la loi du siège de l'entreprise dans ce cas.
- M. Fragistas est opposé à l'application de la lex loci contractus, car celle-ci est tout à fait accidentelle et peut-être

choisie par le patron au détriment des intérêts du travailleur. Votre rapporteur pense que M. Fragistas a tout à fait raison sur ce point.

4. M. Francescakis, dans sa réponse au questionnaire du rapporteur, soumet l'idée très intéressante que notre future Résolution devrait affirmer qu'en la matière les normes posées par les conventions de l'OIT représentent un « standard » international qu'il convient de respecter. Cela devrait pouvoir permettre à l'Etat lié par la convention contenant les normes en cause de considérer celles-ci comme d'ordre public international et de les appliquer nonobstant la soumission de la relation en cause à la loi d'un Etat qui n'est pas lié par la convention.

M. Francescakis explique également que le courant doctrinal attribue aujourd'hui à l'appellation « droit international privé » un sens large. Il désigne par là en substance la branche du droit qui a pour objet la réglementation des relations internationales affectées par la diversité des systèmes de droit interne. Il n'attache pas une importance particulière aux procédés par lesquels cette réglementation est réalisée (détermination unilatérale du domaine d'application des lois, règles de conflit proprement dites, règles dites matérielles), pas plus qu'à la distinction entre droit privé et droit public.

Sur ce point votre rapporteur est complètement d'accord avec M. Francescakis.

Votre rapporteur remercie M. Francescakis de ce qu'il a accepté, en déclarant « témoigner une réflexion approfondie et des options correspondantes solidement motivées », les distinctions proposées par votre rapporteur concernant la détermination des leges laboris speciales et il le remercie également d'avoir attiré son attention sur la terminologie utilisée dans le point h) de la question n° 6; en France le mot « domestique » revêt aujourd'hui un sens péjoratif; l'usage actuel voudrait que

l'on parle plutôt de « gens de maison » ou d'« employés de maison ».

Votre rapporteur trouve intéressant aussi ce que M. Francescakis écrit concernant la réglementation de la sécurité sociale en soulignant la nécessité de la coordination des régimes nationaux par traités diplomatiques, bilatéraux ou multilatéraux.

5. M. Graveson dans ses observations explique qu'on ne saurait trouver beaucoup d'appui dans la littérature anglaise au sujet des conflits de lois en matière de droit du travail. Il existe tout de même un article de M. Graveson qui paraît à votre rapporteur très intéressant: The Status of Trade Unions, publié en 1963 (7 Journal of the Society of Public Teachers of Law [New Series] 121).

Dans les observations de M. Graveson, ce qu'il dit de la nécessité de réconcilier la liberté individuelle avec la réglementation publique des conditions du travail, paraît très important à votre rapporteur.

Votre rapporteur trouve également très important ce que dit M. Graveson de l'application de la proper law of the contract en matière de conflits de lois dans le domaine du droit du travail. M. Graveson écrit :

Taking account of the variety of factors, notably the place of performance of the work and, in the case where performance may be spread over many countries, the situation of the employer's establishment, it would seem that a broad principle would be most acceptable to govern the contract of work, and it is difficult to think of a more appropriate one than that of the proper law of the contract. The problem, however, in respect of this choice is that in many cases it will involve the decision of a court of law as to what is the proper law of the contract, unless the parties have expressly stated the applicable law, something that is not always likely to have happened. Is it practical and realistic to propose the

proper law of the contract to cover cases, most of which will never come before the courts and in many of which no express choice of applicable law will be made by the parties? This is the practical problem in which it may be necessary to sacrifice one's academic preferences and rational convictions in the interest of a more practical certainty of applicable law. It may be that a solution of this dilemma of ascertainment of the proper law may be found in establishing a presumption in favour of the law of the place of execution of the work, which can be rebutted by express choice of parties in favour of the general proper law.

Il y a lieu de noter aussi l'observation de M. Graveson sur la nécessité de distinguer entre l'« individual employment » et le « mass or collective movement of workers undertaking seasonal work in a foreign Country under arrangements made between their governments » et ce qu'il écrit au sujet des conventions collectives. Selon lui :

Insofar as collective agreements are purely territorial, all the matters referred to must be governed by the law of the country within which such agreements are made and operate. Insofar as they are intended to operate extra-territorially, and thus may involve questions of private international law, (a) their legal quality should be determined by the law of their creation, and (b) the other matters should be determined by the proper law, which will in general be the lex laboris.

# M. Graveson ajoute à ceci:

My only doubt relates to the special position of collective agreements in English law, since they have a non-legal quality and raise specific difficulties which are not generally discussed in private international law. It would appear convenient to discuss at least the law or laws applicable to the characterisation of these agreements.

6. M. van Hecke, dans sa réponse d'une importance fondamentale, est d'avis que la lex loci laboris ne doit pas être considérée comme compétente pour régler les questions de la forme du contrat de travail et de la capacité des parties. Il écrit — et c'est une idée très juste — qu'il est inévitable de faire une distinction entre, d'une part, les règles qui ont pour but de régler la relation de travail en vue de la protection d'une des parties (généralement le travailleur) et, d'autre part, les règles qui ont pour but de sauvegarder certains intérêts généraux de la collectivité, comme par exemple la protection de la santé, la mise au travail des handicapés, la sécurité sociale ou la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise.

Votre rapporteur est également d'accord avec M. van Hecke en ce qu'en l'absence du choix exprès par les parties de la loi applicable, la loi régissant la relation de travail sera celle du pays avec lequel cette relation présente le rattachement le plus étroit (the objective proper law). Ce sera généralement la loi du pays où le travail doit être exécuté.

7. M. C. Wilfred Jenks dans sa réponse au questionnaire expose qu'il faut éviter la discussion des questions purement doctrinales, à savoir si le droit international du travail fait partie ou non du droit international privé, puis s'il faut faire ou non une distinction dans le domaine du droit du travail entre le droit public et privé, enfin si les questions de sécurité sociale et de procédure font ou non partie du domaine du droit du travail. Il est d'avis également de ne pas discuter les problèmes généraux du droit international privé.

Votre rapporteur donne entièrement raison à M. Jenks lorsque M. Jenks remarque une différence importante entre les questions discutées en 1937 à Luxembourg et les questions que nous discutons à l'heure actuelle. En 1937, la discussion était limitée aux seules questions ayant pour objet le contrat du travail, maintenant, par contre, beaucoup d'autres questions font l'objet de nos délibérations.

ł

- M. Jenks accepte comme principe l'application de la lex loci laboris. Les leges laboris speciales devraient être, selon lui, plutôt des illustrations que des « limitative définitions of exceptions ».
- M. Jenks attache une grande importance ici votre rapporteur partage également son avis à ce que « people who are employed together or employed within the same jurisdiction » et « employers operating in competition with each other should normally be subject to the same law ». Il faut être conservateur dans la reconnaissance des leges laboris speciales.
- 8. M. De Nova, le grand spécialiste des conflits de lois internationaux et interrégionaux, est d'avis que la lex loci laboris ne devrait pas être considérée comme compétente pour régler les questions de forme et de capacité. Il écrit et c'est une idée très juste qu'il est

convenient, in fact, that a balance be struck between the technique of finding a governing law for a particular type of relationship and the technique of setting apart certain elements of every transaction (such as formal validity) for special conflicts treatment.

Il est très intéressant de relever ce que dit M. De Nova de la distinction entre les théories subjective et objective de l'autonomie de la volonté, et de la nécessité de distinguer entre la capacité « to agree personally to a contract of employment » et « the legal capacity to carry out a certain type of work. (p. ex. minimum age for heavy toil). » La première question devrait être réglée selon lui, ce que votre rapporteur trouve très intéressant, par la lex capacitatis, la seconde par la lex loci laboris, sans faire une exception en faveur des leges laboris speciales.

9. M. Schwind, dans ses observations, est le plus pessimiste des membres de la Commission, car il est d'avis que la doctrine

et la jurisprudence en Autriche parlent d'une division du droit du travail en un domaine concernant le droit public et un autre concernant le droit privé, et que cette même division doit se faire nécessairement pour le droit international du travail.

Il s'ensuit, selon M. Schwind, qu'on appliquera, pour le droit du travail assigné au droit privé, les règles du droit international privé, et pour celui assigné au droit public, le principe de la territorialité.

Vu ce double aspect du droit international du travail, M. Schwind écrit qu'il est dans l'impossibilité de trouver un point de rattachement unifié; une telle unification ne répondrait guère aux méthodes différentes du droit privé et public.

M. Schwind pense qu'en conséquence il y aurait peu de profit à répondre au questionnaire. A son avis, il faudrait d'abord clarifier les notions fondamentales; et ce n'est qu'après une étude approfondie de ce sujet qu'une discussion de questions aussi détaillées pourra être féconde — but qui sera le moteur de nos efforts et travaux communs dans les temps à venir.

10. M. Manlio *Udina* dans ses observations est également d'avis que le droit international du travail, à la rigueur, rentre, en partie, dans le droit international privé. M. Udina est spécialiste du droit international du travail et ses ouvrages: *La formazione del diritto internazionale del lavoro* (Riv. dir. lav., 1951, pp. 117-139), *Gli accordi intereuropei sulla sicurezza sociale* (Riv. Comp. lav., 1953, pp. 503-519), *Appunti di diritto internazionale del lavoro* (1958) et *L'Organizazzione internazionale del laboro e i lavoratori non manuali* (1964) ont une importance fondamentale du point de vue du développement de la science du droit international du travail.

M. Udina a rectifié à Edimbourg sa réponse du 21 mars 1969 au point 13 du questionnaire en exposant l'idée intéres-

sante que faute de lex laboris en tant que loi territoriale de l'organe de l'assurance sociale, la loi commune des parties ou bien la loi du lieu de conclusion du contrat doit être considérée comme compétente. Dans l'autre hypothèse, c'est la lex obligationis qui, selon lui, doit être appliquée.

- 11. En ce qui concerne les observations de M. Haroldo Valladão, votre rapporteur aimerait le féliciter de la profondeur, de la rigueur juridique et de la clarté remarquable de ses observations.
- M. Valladão partage l'opinion de votre rapporteur en ce que le droit du travail fait éclater la distinction traditionnelle du droit privé et du droit public et il a soutenu cette thèse dans ses ouvrages scientifiques importants (Posição do DIP frente às di cotomias Internacional e Interno Público e Privado, 1962 et Direito Internacional Privado, 1968, pp. 49 ss.) non seulement pour le droit du travail, mais aussi pour le droit maritime, pour le droit aérien, pour le droit interplanétaire et même pour le droit international privé. Il ajoute à cela que dans la révision du Code de droit international privé Bustamante, approuvée à la cinquième Conférence interaméricaine de jurisconsultes (El Salvador, 1965), on a délibéré d'ajouter aux quatre livres un nouveau Livre V, Droit du travail international.

En ce qui concerne la question de l'autonomie de la volonté, M. Valladão accepte la théorie subjective « dans certains cas », mais avec des restrictions expresses « sans abus de droit, fraude et offense à l'ordre public ». Il explique que dans le droit brésilien du travail, dans la « Consolidação » des Lois du travail, l'autonomie de la volonté a été proclamée. Suivant l'article 444:

... les rapports contractuels de travail peuvent être l'objet de la libre stipulation des parties intéressées dans tous les sujets qui ne s'opposent pas aux dispositions de protection du travail, aux contrats collectifs applicables et aux décisions des autorités compétentes.

(Voir son grand ouvrage Direito Internacional privado, pp. 363 ss.)

Votre rapporteur pense que M. Valladão a raison quand il écrit au sujet de la détermination des leges laboris speciales qu'il

ne faut jamais chercher à tout prévoir et résoudre, tâchant d'énumérer la totalité des cas et toutes les exceptions possibles. Il y aura toujours des solutions qui seront incomplètes, et des omissions qui seront utiles, puisque souvent l'option ne peut pas être encore définitive et il faut la laisser à la jurisprudence des tribunaux et à la pratique plus proche de la vie.

Ce qui est intéressant, c'est que M. Valladão croit dangereuse une délégation générale à la loi du siège de l'entreprise du pays de l'employé ou du domicile ou de la résidence de celui-ci. Selon lui, cela pourrait faciliter les abus de droit.

Enfin, il est également très intéressant de constater que M. Valladão est partisan de l'application de la lex loci laboris en matière de sécurité sociale, mais si cette loi manque, il veut faire appliquer les conditions minima, les minima standards de la lex fori (avant-projet brésilien de Loi générale, art. 62), ce qui paraît très juste.

M. Valladão suggère d'établir un texte général sur la condition du travailleur étranger, déclarant comme principe essentiel l'égalité légale en droits, avantages et garanties avec les travailleurs nationaux, sauf les exceptions d'ordre constitutionnel pour des raisons de sûreté et de haut intérêt de l'Etat, ce que votre rapporteur approuve complètement.

Le principe de l'égalité de traitement a surtout une importance considérable en ce qui concerne l'application des lois dans le domaine des accidents du travail.

Le rapport général du deuxième Congrès de droit international du travail de Genève, tenu en 1957, explique qu'en principe, la réparation des accidents survenus au cours ou à l'occasion du travail est considérée comme une obligation qui incombe à l'employeur vis-à-vis de tous les travailleurs qu'il emploie, quelle que soit la nationalité de ceux-ci. Toutefois, dans les conditions mises au versement de l'indemnité, certaines législations posent pour les salariés étrangers des règles particulières qui mettent ceux-ci dans une situation moins favorable que les nationaux.

C'était le cas de l'article 3 de la loi française du 9 avril 1898 qui a apporté aux droits des victimes étrangères d'un accident de travail les trois restrictions suivantes: les ouvriers étrangers qui cessent de résider sur le territoire français reçoivent, pour toute indemnité, un capital égal à trois fois la rente qui leur a été allouée; la même règle s'applique aux ayants droit étrangers qui cessent de résider sur le territoire français; enfin, les ayants droit ne reçoivent aucune indemnité si, au moment de l'accident, ils ne résidaient pas en France. Les mêmes restrictions ont été reprises dans l'article 59 de la loi du 30 octobre 1946 actuellement en vigueur.

Ces dispositions ont donné lieu, au début du siècle, à des décisions judiciaires nombreuses, mais la question a perdu, depuis, beaucoup de son intérêt. Tous les traités bilatéraux relatifs aux accidents du travail conclus par la France contiennent une clause relative à l'égalité de traitement et cette clause se retrouve dans un nombre considérable d'accords bilatéraux passés entre d'autres pays. L'égalité de traitement est également consacrée par la Convention internationale du travail n° 19 sur l'égalité de traitement (accidents du travail), 1925, ratifiée, au 1er juin 1957, par quarante-sept Etats.

12. La base du présent rapport et du projet de Résolution est l'excellent rapport qu'a présenté M. José de Yanguas Mes-

sía, en 1937, à la session de Luxembourg. Ce rapport a une importance fondamentale au point de vue du développement de la science des conflits de lois. M. de Yanguas Messía est, à l'avis de votre rapporteur, un des fondateurs de la science du droit international du travail, car à côté de Baldoni, Gemma, Balladore Pallieri, Gamillscheg, Rouast, Barthélemy, Raynaud, Mahaim, Lenhoff, Mario Levi Deveali, Leñero et Lanfranchi, c'est lui qui, le premier, s'est occupé d'une manière scientifique, systématique, des problèmes du droit international du travail.

M. de Yanguas Messía admet que les circonstances ont changé depuis 1937 et il trouve absolument justifié et convenable que l'Institut reprenne à nouveau ce sujet.

Votre rapporteur est très reconnaissant à M. de Yanguas Messía de l'avoir informé que dans l'Accord du 29 mars 1960 entre l'Etat espagnol et la République fédérale d'Allemagne sur la migration, le contrat et le placement des travailleurs, on avait signalé comme organes compétents pour le règlement de toutes ces questions, du côté espagnol l'Instituto Español de Emigración, et du côté allemand, la Bundesanstalt für Arbeitervermittlung und Arbeitslosenversicherung (art. 2). Chacun de ces deux organismes peut envoyer dans l'autre pays une commission, chargée de faire les démarches nécessaires sur place, et qui recevra l'appui des autorités locales dans l'accomplissement de sa tâche (art. 3).

La Bundesanstalt communiquera à l'Instituto Español, par l'entremise de la commission allemande ou directement, les groupes économiques et professionnels dans lesquels les entreprises allemandes seraient disposées à placer des travailleurs espagnols aptes. Les offres d'emploi contiendront les détails relatifs à la qualification professionnelle qu'on exige des sollicitants, la nature et les particularités de l'emploi prévu, sa durée, les conditions de salaire et de travail, les possibilités de loge-

ment et de manutention et tout ce qui est essentiel pour la décision de celui qui cherche du travail (art. 4).

L'Institut espagnol donnera suite à ces offres, et pourra lui aussi prendre l'initiative de faire parvenir à la *Bundesanstalt* des listes de candidats, précisant s'il s'agit de spécialistes préparés professionnellement ou d'experts (art. 6).

L'Accord contient, dans ses vingt-deux articles et les annexes qui les suivent, toutes les prévisions nécessaires pour la conclusion du contrat de travail quant au fond et quant à la forme.

La capacité professionnelle, celle qui, en somme, intéresse le pays employeur, est ainsi assurée, sans besoin d'enlever au travailleur son statut personnel. Celui-ci vient, précisément, à lui donner le titre juridique pour recueillir les bénéfices de l'accord entre les deux pays.

De son côté, la Convention du 27 juin 1957 entre l'Espagne et la France, sur la sécurité sociale, énonce ce principe qui est à la base de l'Accord:

Les travailleurs espagnols ou français, salariés ou assimilés aux salariés par les législations de la Sécurité sociale énumérées dans l'article 2 de la Convention, seront soumis respectivement aux législations mentionnées en France ou en Espagne, et en bénéficieront, ainsi que leurs ayants droit, dans les mêmes conditions que les nationaux de chaque pays, sous réserve de la preuve de nationalité selon la législation de chacun des pays contractants (art. premier).

#### IV. RÉPONSES AU QUESTIONNAIRE

En ce qui concerne les réponses données par les membres de la Seizième Commission au questionnaire annexé à l'exposé préliminaire et les réflexions de votre rapporteur, ce dernier se permet d'exposer ce qui suit : 1. — Première question. Devrait-on préparer le texte d'un projet de convention multilatérale ou bilatérale ou serait-il préférable que l'Institut émette simplement le vœu de voir les Etats adopter, par voie de convention, certaines règles concernant les conflits de lois en matière de droit du travail?

Votre rapporteur a opté pour la seconde solution, car le texte des conventions variera forcément suivant les parties contractantes qui doivent tenir compte des circonstances spéciales de la situation. C'est d'ailleurs aussi la solution adoptée par l'Institut à Luxembourg en 1937.

Tous les membres de la Commission approuvent d'une manière unanime l'opinion de votre rapporteur. Ils acceptent également que le projet ne vise que les problèmes ayant trait aux conflits de lois, c'est-à-dire du droit formel, abstraction faite du droit matériel, sur lequel nous n'avons pas à nous prononcer mais dont nous devons seulement constater l'existence sans juger de son contenu.

2. — Deuxième question. Estimez-vous que le droit international du travail fait partie du droit international privé ou est-il indépendant de celui-ci; en d'autres termes, les conflits de lois dans le domaine du travail sont-ils à décider suivant les principes généraux du droit international privé ou suivant des principes particuliers dont la nature juridique et le contenu diffèrent de la nature juridique et du contenu des règles de conflits du droit international privé?

Deux réponses sont en faveur de la reconnaissance de l'indépendance du droit international du travail (MM. Francescakis et de Yanguas Messía), et six sont en faveur de l'opinion contraire, suivant laquelle ce droit fait partie du droit international privé (MM. Cansacchi, Fragistas, Graveson, De Nova, Udina et Valladão, mais M. De Nova avec cette réserve que

« labor relationship can be dealt with, at least in part, according to the technique of choice of law: hence (they should be included) within the field of private international law even though special conflicts rules may have to be devised for them ».

Deux membres (MM. van Hecke et Jenks) sont d'avis que la question est une querelle d'école.

Un membre (M. Schwind) exprime l'opinion qu'il y aurait peu de profit à répondre à cette question, et qu'il faudrait d'abord clarifier les notions fondamentales.

Un membre (M. Batiffol) pense que cette question ne paraît pas devoir faire l'objet d'une prise de position par l'Institut, car cette question ne compte pas une réponse tranchée en ce que le droit international du travail, tout en présentant une indéniable spécificité, est amené le cas échéant à recourir à certains principes du droit international privé.

Votre rapporteur accepte l'opinion de MM. van Hecke et Jenks considérant que cette question est au fond une querelle d'école et qu'elle ne doit pas être mentionnée et résolue dans le projet de Résolution.

Tout dépend de la question de savoir si on prend le mot « droit international privé » dans son sens large en englobant toutes les règles juridiques présidant à la solution de tous les conflits de lois, ou dans son sens strict n'englobant que les règles compétentes pour décider des conflits de lois se présentant dans le domaine du droit civil.

Votre rapporteur partage également l'opinion de M. Batiffol que l'indépendance d'une branche du droit n'est jamais que relative et que des liens existent toujours avec d'autres branches du système juridique.

Votre rapporteur est convaincu qu'il existe des principes généraux communs qui président à la solution de tous les conflits de lois, pas seulement des conflits internationaux, mais aussi des conflits interrégionaux (interlocaux, interterritoriaux), interpersonnels, et même intertemporels, et qu'il existe des principes généraux communs qui président à la solution de ces conflits non seulement dans le domaine du droit civil, mais aussi dans le domaine du droit commercial, du droit du travail, du droit de la procédure civile, du droit public, du droit administratif, du droit financier, du droit pénal. Votre rapporteur tâchera de démontrer sa thèse dans une monographie à publier en anglais au début de l'année prochaine.

Les problèmes concernant la nature juridique des règles de conflit, des conflits de lois à la première, deuxième, troisième, quatrième et cinquième puissance, la nature juridique des divers points de rattachement, les problèmes du renvoi, des qualifications, de la question préalable, de la loi la plus forte (la plus efficace), de la duplication des règles de conflit, de l'ordre public, de la fraude à la loi, de la réciprocité, des interventions hétérogènes (artfremde Eingriffe) se présentent dans toutes les branches du système juridique et dans toutes sortes de conflits de lois. Il est évident que ces principes généraux ne se présentent pas toujours dans les mêmes formes, et de la même manière dans les divers types des conflits de lois et dans les diverses branches du système juridique et il est évident aussi qu'il existe souvent des différences considérables dans l'application de ces principes, partant, dans ce sens, le droit du travail possède en effet une certaine autonomie, mais le fait seul qu'il s'agit d'une solution de conflits explique la ressemblance des problèmes et l'analogie de leur solution.

La seule chose qui nous intéresse, de l'avis de votre rapporteur, et qui paraît importante, c'est la reconnaissance du fait que le droit international du travail présente certaines particularités qui justifient des déviations importantes des règles générales en vigueur en droit international privé. Votre rapporteur partage ici l'observation de M. Fragistas que dans le cas où une pareille déviation ne paraît pas être imposée, les règles générales du droit international privé s'appliquent aussi dans le domaine du droit international du travail; mais, à cette observation, il aimerait ajouter que pas seulement les règles générales du droit international privé s'appliquent dans ce cas, mais aussi les règles de conflit international des droits public et administratif.

3. — Troisième question. Faut-il faire une distinction, dans le domaine du droit du travail, entre les règles relevant du droit public et celles relevant du droit privé?

Selon un membre de la Commission (M. Jenks), c'est également une querelle d'école. M. Jenks écrit :

there is nothing to be gained by exploring in this context questions which are largely doctrinal rather than practical in character, such as whether international labour law should be regarded as a part of private international law, whether any distinction should be made in the field of labour law between public and private law, and whether social security and labour disputes should be regarded as falling within the scope of labour law.

Cinq membres (MM. Batiffol, Francescakis, Graveson, Valladão et de Yanguas Messía) estiment que dans le domaine du droit du travail il ne faut pas faire de distinction entre les règles relevant du droit public et celles relevant du droit privé, alors que cinq autres membres (MM. Cansacchi, Fragistas, van Hecke, Schwind et Udina) pensent qu'il faut le faire.

Sur ce point une différence peut être observée entre l'opinion générale dominante dans les pays socialistes, d'une part, et dans les pays occidentaux, d'autre part, puis entre celle des pays anglo-saxons et celles des pays continentaux.

Il est bien connu que dans la doctrine continentale occidentale on fait une distinction nette entre le droit public et le droit privé. Cette distinction n'est pas connue dans les pays anglosaxons de common law, et n'est pas adoptée par la doctrine des pays socialistes non plus. Cette dernière considère le droit du travail comme une branche de droit unifiée, uniforme, homogène, qui ne doit pas être divisée en droit public d'une part et en droit civil de l'autre.

Suivant votre rapporteur, si l'on accepte la lex loci laboris comme règle de conflit générale — ce que votre rapporteur propose — la division du droit du travail en deux parties devient superflue et, en conséquence, les mêmes règles de conflits peuvent être appliquées dans le domaine qui est considéré comme appartenant au droit public et dans le domaine qui est considéré comme appartenant au droit privé.

Votre rapporteur a essayé de démontrer dans son exposé préliminaire que pour toute une série de questions (par exemple les questions relatives aux conseils d'établissement, aux prescriptions sur le licenciement, à la protection du travailleur contre le congédiement, au congédiement des invalides, aux dispositions légales sur les congés, aux restrictions relatives à la saisie-arrêt des salaires, aux demandes d'indemnités intentées par le travailleur contre l'employeur en cas d'accidents de travail, etc.) les opinions divergent sur le point de savoir dans quelle mesure ces questions relèvent du droit public du travail ou du droit privé des relations de travail.

4. — Quatrième question. Doit-on reconnaître dans le domaine du droit du travail l'application du principe de l'autonomie de la volonté ou l'application de ce principe doit-elle être exclue complètement de ce domaine?

Sept membres de la Commission (MM. Batiffol, Cansacchi, Graveson, van Hecke, Valladão, Schwind, et Francescakis) sont en faveur de l'adoption du principe de l'autonomie de la

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Exposé préliminaire pp. 358 ss. ci-après.

volonté dans le domaine du droit international du travail, deux membres (MM. De Nova et Fragistas) sont en faveur de son exclusion, deux membres (MM. Udina et de Yanguas Messía) sont en faveur de l'adoption de ce principe dans le domaine des lois dérogeables et facultatives, un membre (M. Jenks) n'a pas communiqué son opinion sur cette question.

M. Batiffol, ainsi que votre rapporteur l'a mentionné, n'est pas partisan d'exclure complètement l'autonomie de la volonté dans notre domaine. Il écrit qu'il est vrai que la grande majorité des contrats de travail obéit, sans que la volonté des parties intervienne, à une loi qui est le plus souvent celle du lieu où le travail s'exécute, il existe cependant des « cadres » d'un rang élevé dont les conditions d'emploi peuvent donner lieu à négociation, donc éventuellement à la désignation d'une loi que les parties jugeraient mieux appropriée à la situation.

M. Batiffol affirmerait donc la liberté des parties de choisir la loi applicable et, dans leur silence, l'autorisation du juge de rechercher leur volonté implicite avec la réserve des dispositions d'ordre public, de police ou de droit public. Ces dernières sont, à l'avis de M. Batiffol, moins nombreuses pour les cadres.

M. Cansacchi, ainsi que votre rapporteur l'a également mentionné, n'accorderait que sous certaines conditions le droit aux parties de choisir la loi applicable.

# M. Graveson écrit que

one should recognise the application of freedom of the will so far as is practicable in the special circumstances of contracts of employment.

Suivant M. van Hecke le principe de l'autonomie de la volonté doit être admis lorsqu'il s'agit de l'application des règles, même impératives, dont la mise en œuvre est abandonnée à l'initiative et à la disposition des parties. Il se réfère à un arrêt récent du *Bundesarbeitsgericht* (20 juillet 1967, AP, 1968, p. 158) qui a admis l'autonomie de la volonté en matière de délai de préavis. Selon M. van Hecke, il faut reconnaître aux parties la possibilité de choisir de manière expresse une loi même autre que celle du siège de l'entreprise. Il est d'avis que les théories de l'ordre public et de la fraude à la loi pourront intervenir pour s'opposer au choix exprès dans les cas exceptionnels où son admission heurterait par trop le sentiment juridique du for.

M. Valladão n'accepte pas la doctrine que votre rapporteur a qualifiée d'« objective », car — et c'est une remarque très intéressante — selon lui ce

n'est pas un privilège du droit matériel d'établir des lois facultatives; le droit international privé peut aussi les établir et il le fait souvent, librement, sans avoir considération si la loi matérielle choisie, par exemple, de droit civil, aura ou non un caractère supplétif.

Selon M. Schwind, pour la partie du droit du travail concernant le droit privé sont applicables les règles du droit international des obligations, dans la partie concernant le droit public, par contre, le principe de la territorialité est applicable, d'où il en résulte, selon lui, que le principe de l'autonomie de la volonté est applicable dans la partie concernant le droit privé et n'est pas applicable dans la partie concernant le droit public. M. Schwind ne dit pas s'il faut accepter la doctrine « subjective » ou « objective » de l'autonomie.

Suivant M. Francescakis, le principe de l'autonomie de la volonté pourrait être admis au-delà de certains minima déduits des Conventions de l'OIT.

# M. De Nova est d'avis que

the choice of the applicable law by the parties should be immaterial, for conflicts purposes, in the matter under consideration.

M. Fragistas paraît être partisan de la doctrine objective de l'autonomie de la volonté.

M. Udina admet le principe dans le domaine des règles dérogeables et M. de Yanguas Messía dans le domaine des règles facultatives.

Bien que la majorité des membres de la Commission paraisse être partisan de la doctrine subjective de l'autonomie de la volonté, et bien que la doctrine dominante dans la littérature paraisse être également favorable à cette doctrine, votre rapporteur, comme il l'a déjà expliqué, pense qu'il serait préférable d'adopter dans le domaine du droit du travail la doctrine objective, en limitant l'application du principe au domaine des règles facultatives, car il faut protéger le travailleur contre sa volonté aussi. Votre rapporteur ne saurait admettre l'application de la loi choisie par les parties que dans le cas où il s'agit de « cadres » et dans le cas où les parties ont convenu l'application d'une loi plus favorable au travailleur que celle prévue par la loi compétente dans le silence des parties.

Votre rapporteur aimerait ajouter à ce qu'il a écrit en faveur de la limitation de l'application du principe de l'autonomie de la volonté, en ne l'admettant que dans le domaine des lois facultatives, que la législation du travail comporte une part importante de réglementation de droit public, dont l'application échappe naturellement à la volonté des parties, la difficulté étant alors de déterminer ce qui, dans la relation de travail, appartient au droit public et ce qui reste soumis aux règles du droit privé. (Voir les observations de M. de Yanguas Messía dans l'Annuaire, vol. 39, 1936, tome I, pp. 436 ss.) Le droit du travail, dans son ensemble, est une matière d'ordre public, le contrat de travail est un acte-condition qui détermine l'application d'un statut légal, le plus souvent un contrat d'adhésion (Lanfranchi). Il est vrai que la jurisprudence allemande applique la loi choisie par les parties et, à défaut de convention

expresse, recherche la volonté présumée des parties. (Reichsarbeitsgericht, 27 août 1930: Juristische Wochenschrift, 1931. p. 159; Rec. inter. jur. trav., 1930, All. 7; 20 juillet 1935. Juristische Wochenschrift, 1935, p. 3665; Rec. inter. jur. travail. 1935, All. 2, et les décisions citées dans le rapport national allemand présenté au Congrès de Genève en 1957, p. 9. notes 1, 2 et 6.) Il est également vrai que les jurisprudences anglaise et écossaise, et peut-être aussi américaine, appliquent la proper law of the contract, donc la loi choisie par les parties, et à défaut de choix exprès ou implicite, la loi ayant le plus de liens avec le contrat. Il est vrai, enfin, qu'en France les juridictions inférieures (par exemple la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 16 mars 1925, Gaz. Pal. 1925, p. 1701, 1925, p. 133) appliquent parfois la loi désignée par les parties, mais la Cour de cassation, dans son arrêt, Reg. 5 mai 1924 (Clunet, 1925, p. 133, Revue de droit int. privé, 1924, p. 277) a rejeté le pourvoi dirigé contre une décision qui avait admis qu'un Français, en devenant volontairement l'employé d'une compagnie de chemins de fer espagnole, s'était implicitement soumis aux règles statutaires de cette compagnie. Il s'ensuit que la jurisprudence française n'affirme pas, dans le domaine du droit du travail, le principe d'autonomie de façon aussi nette et constructive que dans d'autres domaines, par exemple en matière de contrat de transport. La jurisprudence italienne écarte également toute possibilité pour les parties de se référer à une loi autre que la loi italienne si le travail est exécuté en Italie (Cour de cassation, 12 mars 1934, Rivista di diritto internazionale, 1934, p. 557 — note Baldoni — Clunet, 1935, p. 444). II n'est pas douteux que les questions d'hygiène et de sécurité des travailleurs, durée du travail, emploi des femmes et des enfants, travail de nuit, les questions de salaires, lieu et mode de paiement, fixation du salaire minimum légal sont les questions les plus importantes des contrats de travail, et il n'est pas douteux non plus que, dans ces questions, la loi choisie par les parties ne saurait être considérée comme compétente même suivant les auteurs qui sont favorables à l'application du principe de l'autonomie de la volonté dans le domaine du droit du travail.

5. — Cinquième question. Quelle est la règle de conflit qui doit être considérée dans le cas où les parties n'ont pas le droit de choisir la loi compétente, ou dans le cas où elles n'ont pas choisi comme loi applicable la lex laboris generalis, applicable dans la majorité des cas d'espèce? Croyez-vous, avec le rapporteur, que c'est la lex loci laboris, ou si non, la lex patriae, la lex domicilii des parties, la loi du siège de l'entreprise, ou la lex loci contractus?

Tous les membres de la Commission ont accepté la proposition de votre rapporteur concernant l'application de la lex loci laboris comme lex laboris generalis. En ce qui concerne les arguments en faveur de l'adoption de cette loi, votre rapporteur a l'honneur de renvoyer aux explications contenues dans son exposé préliminaire 1 et dans son livre International Labour Law cité (pp. 111 ss.).

Il aimerait simplement ajouter qu'il est vrai que dans les affaires judiciaires décidées par les cours anglaises (South African Breweries v. R. (1899) 2 Ch. 173; (1900) 1 Ch. 273; In re Anglo-Austrian-Bank (1920) 1 Ch. 69; M'Feetridge v. Stewards & Lloyd (1913) S.C. 773) la validité intrinsèque des contrats de travail était gouvernée par la proper law of the contract, toutefois les cours établissaient elles aussi une forte présomption en faveur de la lex loci laboris.

Votre rapporteur aimerait également ajouter que la compétence de la lex loci laboris a été adoptée dans les conventions

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Exposé préliminaire-pp. 340-347 cî-après.

suivantes relatives à l'assurance sociale: hungaro-polonaise du 4 février 1959 (art. 5), hungaro-tchécoslovaque du 30 janvier 1959 (art. 4, al. 1), hungaro-yougoslave du 7 octobre 1957 (art. 3, al. 1), hungaro-République démocratique allemande (art. 4, al. 1).

Aux arguments présentés par votre rapporteur dans son exposé préliminaire, il aimerait également ajouter que l'application de la lex loci laboris en tant que lex laboris generalis correspond aussi bien aux intérêts de l'employeur qu'aux intérêts des salariés. En effet, l'employeur a intérêt à l'uniformité du traitement de son personnel local et le salarié a intérêt à l'application d'une législation sur laquelle il pourra plus aisément se renseigner, puisqu'elle est celle de son établissement permanent. Il y a donc lieu de présumer que les parties, conscientes de leurs intérêts, se sont implicitement référées à la loi du lieu d'exécution du travail.

Les décisions judiciaires qui ont appliqué la loi du lieu d'exécution sont nombreuses et on a pu en conclure que la jurisprudence était franchement orientée dans ce sens.

6. — Sixième question. Dans quels cas faut-il appliquer une loi autre que la lex loci laboris?

Suivant votre rapporteur les lois suivantes devraient être considérées comme leges laboris speciales:

a) dans le cas où le locus laboris se trouve situé sur le territoire de plusieurs Etats et que le travail doit être exécuté en même temps dans plusieurs pays, ou dans le cas où le locus laboris n'est soumis à la souveraineté d'aucun Etat, car il se trouve, par exemple, en haute mer ou dans l'espace céleste, ou dans le cas où le locus laboris ne saurait être déterminé du tout, ou dans le cas enfin où le locus laboris n'est que de nature transitoire, provisoire — la lex loci delegationis, la loi du pays du siège de l'entreprise, de l'établissement principal ou acces-

soire de l'employeur, la loi du pays où l'employeur a son centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique, où se trouve son domicile ou sa résidence;

- b) si la relation de travail est relative à la navigation maritime la loi du pavillon; et si elle est relative à la navigation fluviale ou aérienne la loi du pays d'immatriculation; dans le cas toutefois, où l'exploitation d'un bateau se fait exclusivement hors de l'Etat d'immatriculation la loi du pays dans le domaine fluvial duquel le bateau circule principalement; et dans le cas d'un pavillon de complaisance la loi du siège réel de l'entreprise de la navigation et faute d'un tel siège, la loi nationale de l'armateur:
- c) si le travailleur est un cadre et occupe dans l'entreprise de l'employeur un poste élevé, une position clef la loi du siège de l'entreprise, la loi du pays où se trouve le centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique de l'employeur ou de son domicile ou de sa résidence;
- d) si le travailleur est un représentant commercial ou un agent d'affaires, un commissionnaire, un placier, courtier, commis voyageur, placeur ou démarcheur ne travaillant pas sur et pour son propre compte la loi du siège de l'entreprise de l'employeur, la loi de son centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique ou de son domicile ou de sa résidence;
- e) si l'employeur est le chef d'Etat d'un Etat étranger ou une personne bénéficiant de l'immunité diplomatique ou consulaire, et si le travailleur est de la même nationalité que l'employeur — la loi nationale commune des parties;
- f) si l'employeur est un Etat étranger ou une autorité étrangère et si le travailleur est de la même nationalité la loi de l'Etat et de l'autorité en question;
  - g) si la relation de travail a été établie entre des époux en

mariage — la loi de leur domicile ou résidence matrimoniale commune;

- h) si le travailleur est un employé de maison rendant des services de nature familiale au patron et s'il est de la nationalité de ce dernier et a été emmené par le patron avec lui à l'étranger pour un séjour temporaire, provisoire la loi nationale commune des parties;
- i) si ni la lex loci laboris, ni aucune des leges laboris speciales ne pouvaient être appliquées — la loi avec laquelle la relation de travail présente le rattachement le plus étroit.

Tous les membres de la Commission sont unanimes en ce qu'il faut reconnaître dans certains cas des leges laboris speciales, mais en ce qui concerne la détermination de ces lois, les opinions sont partagées. Les lois proposées par votre rapporteur sont adoptées par six membres (MM. Batiffol, Cansacchi, Graveson, De Nova, Udina et de Yanguas Messía). D'autres lois spéciales sont proposées par trois membres (MM. Fragistas, van Hecke, et Valladão). Selon M. Jenks, il serait préférable, au lieu des définitions limitatives d'exceptions, de donner des illustrations pour les cas où la lex loci laboris ne devrait pas être appliquée.

M. Batiffol partage l'opinion de votre rapporteur pour les lois spéciales qu'il a proposées sous les points a) (sous la seule réserve des contrats qui s'exécutent dans plusieurs Etats, mais parmi lesquels il est possible de distinguer un lieu d'exécution principal), puis sous les points b), e), f) et i). La solution proposée sous le point c) (l'application de la loi du siège social de l'entreprise) paraît à M. Batiffol trop générale pour les cadres, car cette loi devrait être remplacée, selon lui, par une autre loi, dans le cas où les cadres sont recrutés dans le pays où ils ont leur domicile et dont ils ont la nationalité. Il fait une observation analogue concernant les représentants commer-

ciaux. Pour les représentants commerciaux, M. Batiffol voudrait également réserver la possibilité de déterminer un lieu d'exécution principal.

M. Batiffol a des doutes sur l'opportunité de considérer le contrat de travail entre époux. Il s'agit plutôt là, dit-il, d'une situation familiale, qui ne relève guère de l'esprit de la Résolution, et la situation visée au point h) relève selon lui de la solution déjà retenue au point a) pour un lieu de travail « transitoire, provisoire ».

Votre rapporteur accepte l'opinion exprimée par M. Batiffol dans ses observations relatives aux points c) et d), mais il
pense que les contrats entre époux ne sont pas toujours des
rapports juridiques relevant d'une situation familiale, et que les
relations de travail des gens de maison, des employés de maison, ne sauraient être appréciées toujours suivant la lex loci
delegationis, mentionnée sous le point a), car il semble opportun d'appliquer la loi nationale commune des parties dans le
cas où l'établissement principal de l'employeur, le centre de son
activité, ne se trouve pas dans le pays national commun des
parties.

La compétence de la loi nationale commune des parties paraît ici justifiée par le fait que l'employé vit dans le cadre de la famille; il s'y intègre, de sorte qu'on peut présumer qu'il accepte la loi et les usages de cette famille et que la loi du chef de famille lui est applicable. Si l'employé n'est pas de la nationalité du patron ou si le patron s'installe avec sa famille dans un pays étranger pour un séjour prolongé, la relation de travail de l'employé devra être appréciée par la lex laboris generalis, la lex loci laboris, car dans ce cas le ménage doit se plier aux lois et coutumes locales.

M. Cansacchi se rallie dans tous les cas mentionnés au choix fait par votre rapporteur et il approuve surtout l'application de la loi proposée par lui sous les points a) et b); il approuve

également l'application de la loi du siège de l'entreprise lorsqu'il s'agit des cadres de l'entreprise, des employés supérieurs, des représentants commerciaux, des agents d'affaires, des commissionnaires, des commis voyageurs, etc.

Selon M. Graveson, la proper law coïnciderait avec les lois proposées par votre rapporteur, sauf peut-être la loi proposée sous le point h) concernant les relations de travail des employés de maison. Ici l'application de la loi nationale commune paraît justifiée, selon votre rapporteur, par le domicile provisoire de l'employé de maison à l'étranger surtout dans le cas où l'employé suit son patron dans un pays en voie de développement, ainsi que par le caractère personnel des services.

M. De Nova accepte l'opinion de votre rapporteur sauf pour les lois mentionnées sous les points e) et f) concernant les relations de travail des employés d'un chef d'Etat étranger ou d'une personne bénéficiant de l'immunité diplomatique ou des employés d'une autorité étrangère, car dans ces cas il ne voit pas la nécessité de la détermination d'une lex specialis. Selon votre rapporteur, c'est le renforcement de l'immunité diplomatique qui peut justifier l'application de la lex specialis. Pour la loi nationale des parties militent dans ces cas le caractère officiel de l'employeur et la nationalité commune des parties.

MM. Udina et de Yanguas Messía acceptent toutes les leges speciales proposées par votre rapporteur.

Suivant M. Fragistas — ce que votre rapporteur approuve complètement — la loi, à laquelle la relation de travail est soumise, doit être la même et ne pas changer chaque fois que le travailleur change de place. Il approuve également de ne pas appliquer la lex loci laboris si l'employeur n'a pas embauché le travailleur pour travailler dans un pays déterminé. La lex loci laboris doit être appliquée seulement si le lieu de travail est prévu, expressément ou tacitement, par la volonté des parties et s'il est prévu d'être le même pendant toute la durée de la

relation du travail. Ce n'est que dans ce cas seulement que le lieu du travail doit être considéré comme le point de rattachement qui doit l'emporter sur tous les autres liens de la relation de travail.

M. Fragistas n'approuve pas la qualification de la loi applicable selon le point a) comme lex delegationis, mais il accepte l'application de la loi du siège de l'entreprise. Il accepte également la loi du pavillon et de l'immatriculation du navire et de l'aéronef dans les cas mentionnés sous le point b), mais remarque — à notre avis à juste titre — que le pavillon de complaisance ne saurait être considéré comme un rattachement sérieux. Quant au point c) il explique qu'une diversité des solutions selon le degré hiérarchique du poste de l'employé ne correspond pas à l'esprit démocratique de notre temps. En outre, selon lui, il n'est pas toujours facile de dire si un poste est vraiment élevé ou non.

De même, selon M. Fragistas, les postes de représentants commerciaux, d'agents d'affaires, de commissionnaires, de placiers, de courtiers, de commis voyageurs ou démarcheurs ne sont pas des postes élevés. Il n'accorderait pas aux cadres de l'entreprise une place particulière, mais il accepte la proposition de votre rapporteur concernant les points e) et f) ayant trait aux cas où l'employeur est une personne munie de l'immunité diplomatique ou un Etat étranger ou une autorité étrangère. Par contre, il ne voudrait pas s'éloigner de l'application de la lex laboris generalis dans les cas mentionnés sous le point g), concernant les relations de travail entre époux; il admet cependant que les relations de travail entre époux peuvent poser des problèmes de qualification entre les règles de conflit sur les relations de travail et les règles de conflit sur les relations personnelles ou patrimoniales des époux. Votre rapporteur pense que c'est déjà une raison suffisante pour s'éloigner du point de rattachement général.

En ce qui concerne les cas mentionnés sous le point i), c'està-dire l'application de la lex loci contractus en tant que dernier remède, M. Fragistas préférerait soumettre, dans ces cas, la relation de travail à la proper law of the contract. Les cas qui ne tombent pas sous un des points de rattachement ci-dessus mentionnés, seront, tout au moins en règle générale, compliqués et très différents les uns des autres pour trouver un point de rattachement commun qui pourrait les satisfaire tous. Le point de rattachement du lieu de la conclusion du contrat de travail, d'une part, pourrait être tout à fait accidentel et d'autre part, pourrait être choisi par le patron au détriment des intérêts du travailleur.

L'opinion de M. Fragistas, qui semble être conforme aux idées développées par M. Graveson, paraît très juste et votre rapporteur est prêt à l'accepter en substituant à l'application de la lex loci contractus celle de la proper law of the contract, c'est-à-dire la loi avec laquelle, de l'avis du juge, la relation de travail présente le rattachement le plus étroit.

M. van Hecke pour les contrats de travail de la navigation maritime et aérienne admet l'application de la loi prévue par votre rapporteur, mais, selon lui, pour la loi du siège de l'entreprise on peut estimer que les critères de « cadre » et de « représentant commercial (et activités analogues) » sont peut-être trop rigides pour s'adapter à tous les cas de la pratique. La formule souple du « rattachement le plus étroit » lui paraît préférable. De même la nationalité commune des parties peut constituer, selon M. van Hecke, le rattachement le plus étroit dans des cas autres que ceux qui sont cités sous e), f) et h) de l'exposé préliminaire.

Votre rapporteur trouve les observations de M. van Hecke très judicieuses et bien fondées, mais il pense que pour la sécurité des transactions et de la détermination de la loi compétente, ce qui paraît très important pour les parties, il est préférable de proposer des règles de conflit fixes, même si elles paraissent peut-être trop rigides.

Pour M. Valladão, dans le cas sous point a), c'est-à-dire dans l'hypothèse du travail exécuté en haute mer et dans l'espace céleste, la loi du pavillon ou de l'immatriculation du navire ou de l'aéronef devrait être considérée comme compétente, conformément à l'article 45 de son Avant-projet. Dans l'hypothèse d'un contrat de travail exécuté sur le territoire de plusieurs Etats, il conviendrait d'appliquer d'abord la loi du lieu où le travail est exécuté principalement (International Law Association, 1926, II) et, après, une autre loi, commune à l'employeur et à l'employé, de leur nationalité, domicile ou résidence habituelle, ou la loi de l'Etat d'exécution qui soit celui du domicile de l'employé, ou enfin, une loi neutre, par exemple celle du lieu du contrat. Votre rapporteur pense que cela rendrait la détermination de la loi compétente assez incertaine. M. Valladão admet lui-même qu'il serait dangereux d'adopter une délégation générale à la loi du siège de l'entreprise, du pays de l'employé ou du domicile ou de la résidence de celui-ci. Cela pourrait, dit-il, faciliter les abus de droit, ce que votre rapporteur approuve complètement.

M. Valladão explique également que, comme l'avait déjà décidé la justice brésilienne (Clunet, 1957/102), l'application de la loi du pavillon dans le contrat du travail maritime suppose son identité avec la loi du domicile de l'armateur, justement dans un cas de pavillon de complaisance. Il faudra alors, selon lui, conditionner l'application de la loi du pavillon ou de l'immatriculation. Il préférerait la conditionner à une coïncidence avec la loi du lieu du contrat.

Votre rapporteur pense que dans le cas d'un pavillon de complaisance il faudrait appliquer, comme le suggère M. Fragistas, la loi du siège réel de l'entreprise de la navigation et faute d'un tel siège stable, la loi nationale de l'armateur.

Dans les hypothèses c) et d) (contrat de travail des cadres et des représentants commerciaux, etc.), M. Valladão n'aimerait pas s'écarter de la compétence de la lex laboris generalis, de la lex loci laboris, de même dans les hypothèses e) et f) (chef d'Etat, agent diplomatique et l'autorité d'un Etat étranger), car les immunités diplomatiques ne sont plus aujourd'hui aussi absolues qu'autrefois, et la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, dans son article 33, dispose que l'agent diplomatique doit observer les obligations que les dispositions de sécurité sociale de l'Etat accréditaire imposent à l'employeur. M. Valladão considère que l'agent diplomatique seul, personnellement, pour les services qu'il rend à son Etat, est exclu de la sécurité sociale.

M. Valladão paraît être d'accord sur l'application à une relation de travail établie entre deux époux en mariage de la loi de leur domicile ou résidence matrimoniale commune, mais il aimerait appliquer la *lex loci laboris generalis* dans l'hypothèse h) aussi, lorsqu'il s'agit de la relation de travail des employés de maison, car selon lui « le domestique est un travailleur comme n'importe quel autre ».

Votre rapporteur pense que l'application de la loi du siège de l'entreprise au contrat de travail des cadres, des travailleurs occupant un poste élevé, une position clef dans l'entreprise, semble justifiée, même dans le cas où les autres conditions mentionnées de l'application de la lex loci delegationis font défaut, par le fait que le cadre est le représentant de l'entreprise vis-à-vis des ouvriers travaillant dans un autre pays. Il est souvent déplacé, transféré d'un pays à l'autre, et il ne serait pas opportun de faire dépendre la détermination de la loi compétente de ses déplacements. En outre, le pays du siège de l'entreprise est généralement aussi le locus contractus.

L'application de la loi du siège de l'entreprise aux cadres a surtout une grande importance au point de vue des pays en voie de développement. La plupart des Etats qui ont récemment accédé à l'indépendance sont à peu près dépourvus de cadres. Ils font donc appel aux pays riches qui exportent leurs techniciens, leurs ingénieurs. Mais la trésorerie de ces jeunes Etats connaît parfois des difficultés et il est primordial d'assurer aux travailleurs la protection de leurs gains. Les espèces sont, de plus, compliquées par le fait que le cadre ne traite pas directement avec l'Etat étranger, mais reste le salarié d'une entreprise travaillant pour le compte de celui-ci. D'une façon générale, on peut dire que pour les cadres le lieu du siège de l'entreprise fixe la loi applicable au contrat de travail.

Si le travailleur est un représentant commercial ou un agent d'affaires, un commissionnaire, un placier, un courtier, un commis voyageur ou démarcheur et s'il est un commerçant travaillant sur et pour son propre compte, la lex laboris generalis, la lex loci laboris doit être appliquée; mais s'il ne travaille pas sur et pour son propre compte, la loi du siège de l'entreprise de l'employeur doit être appliquée, car le travailleur doit être considéré comme un cadre, un travailleur occupant un poste plus élevé. Cette thèse est adoptée par une partie de la jurisprudence dans les pays occidentaux.

Votre rapporteur est complètement d'accord avec l'opinion de M. Jenks qui explique que

in considering the number and scope of exceptions to the principle of lex loci laboris every effort should therefore be made to ensure that the exceptions are as clearly defined and as clear-cut in operation as possible. Where particular labour relationships are governed partly by law and partly by contract it is desirable that they should remain subject, so far as possible, to a single legal system. People who are employed operating, perhaps in competition with each other, within the same jurisdiction, should normally be subject to the same law. The provisions of international conventions will frequently make it necessary that persons employed within the same jurisdiction should be subject of the same

law. These are all solid reasons for being somewhat conservative in recognising that the *lex laboris generalis* may be superseded in particular circumstances by a *lex laboris specialis*.

7. — Septième question. Estimez-vous que sont réglementées par le droit du travail, en dehors des questions ayant trait aux contrats de travail individuels et aux conventions collectives, les questions concernant la sécurité sociale, les assurances sociales, la procédure dans les litiges en matière de droit de travail aussi?

La majorité des membres de la Commission (sept membres : MM. Batiffol, Fragistas, Francescakis, Graveson, van Hecke, De Nova et Udina) pense que les questions concernant la sécurité sociale, les assurances sociales et la procédure dans les litiges en matière de droit du travail ne devraient pas être discutées et englobées dans notre projet de Résolution; trois membres (MM. Cansacchi, Valladão et de Yanguas Messía) sont d'avis contraire, et deux membres (MM. Schwind et Jenks) n'ont pas répondu à cette question.

M. Batiffol explique que selon lui l'évolution tend à désolidariser la sécurité sociale du droit du travail, puisque son champ d'application s'étend à des non-salariés. C'est du moins la tendance en France. Il serait donc explicable que la Résolution n'en traite pas; ce serait peut-être plus prudent, étant donné la diversité des régimes de sécurité sociale, l'état inégal de leur développement et le caractère encore mouvant de la matière dans la plupart des systèmes. Il serait également d'avis de ne pas aborder les problèmes procéduraux, qui offrent trop de particularités propres aux systèmes nationaux.

Votre rapporteur est d'accord avec M. Batiffol en ce sens qu'il vaut mieux ne pas aborder les questions procédurales, car il existe des différences fondamentales entre les systèmes juridiques occidentaux et socialistes et également entre les divers systèmes juridiques socialistes. Ces différences sont exposées et discutées par le rapporteur dans ses livres International Civil Procedure. A Comparative Study (A. W. Sijthoff, Leyde, 1967) et International Labour Law. A Comparative Survey of the Conflict rules affecting Labour Legislation and Regulations (A. W. Sijthoff, Leyde, 1968, pp. 383 ss.). Il pense, au contraire, qu'il faudrait traiter dans la Résolution les questions concernant la sécurité sociale. Si l'on accepte la lex loci laboris comme lex generalis laboris, il semble préférable d'englober dans le domaine du droit du travail les règles de la sécurité sociale, et les règles réglementant les assurances sociales, car on évite de cette façon les difficultés considérables qui résultent de la séparation, de la disjonction, des domaines du droit du travail et du droit de la sécurité sociale.

Votre rapporteur ajoute à cet argument que la doctrine soviétique et celle des autres pays socialistes considèrent comme relevant du droit du travail, en dehors des questions ayant trait à la validité extrinsèque, intrinsèque et les effets des contrats de travail individuels et des conventions collectives, les questions de la sécurité sociale et les règles ayant pour objet la réglementation des assurances sociales aussi.

M. Cansacchi propose, pour la procédure, l'application de la lex fori et il explique que la doctrine et la jurisprudence italiennes tendent, en général, à exclure de ce domaine les questions qui concernent la sécurité sociale, les assurances sociales et les règles procédurales relatives aux litiges en matière de droit du travail. Dans le domaine de la sécurité sociale et des assurances sociales, on estime devoir appliquer la lex laboris, ce que votre rapporteur approuve complètement.

M. Fragistas n'aborderait pas l'étude des assurances sociales, car elles présentent plusieurs particularités et il est préférable, à son avis, de les régler dans des traités internationaux spéciaux. M. Fragistas est d'accord avec votre rapporteur de

ne pas analyser les questions de la procédure dans les litiges du travail.

M. Francescakis pense que la réglementation de la sécurité sociale sur le plan international semble appeler une coordination des régimes nationaux par traités diplomatiques, bilatéraux ou multilatéraux. Quant à la procédure, à son avis, la pratique judiciaire s'accommoderait difficilement de règles spécialement conçues pour les rapports internationaux. En revanche, selon lui, la question de la compétence judiciaire internationale et celle des effets des jugements pourrait utilement être abordée.

Votre rapporteur est d'accord avec M. Francescakis en ce qu'il serait intéressant d'aborder l'étude de la compétence judiciaire internationale et des effets des jugements étrangers, mais étant donné que ces questions sont assez compliquées et exigeraient une étude spéciale approfondie, il paraît plus prudent de les étudier séparément.

M. Graveson estime que les divers aspects de la question de la sécurité sociale devraient être appréciés par des lois différentes. Il se réfère à l'excellent rapport présenté en 1957, au Congrès de Genève, par M. Kahn-Freund. Votre rapporteur pense que si on accepte la compétence générale de la lex loci laboris, les divers aspects de la sécurité sociale pourraient être appréciés par la même loi, car il n'est pas douteux que c'est la loi du lieu du travail qui doit être considérée comme compétente pour gouverner les problèmes de la sécurité sociale.

M. van Hecke pense qu'en raison de l'organisation administrative qui caractérise de nombreuses branches de la sécurité sociale et qui comporte notamment la perception régulière de cotisations, il est nécessaire de disposer de critères plus simples et plus nets que celui du « rattachement le plus étroit » qui convient pour les relations contractuelles de travail. Il paraît utile, selon lui, de faire l'inventaire des critères de délimitation

utilisés tant dans les lois internes que dans les conventions bilatérales et multilatérales de sécurité sociale. On constatera probablement la grande importance de critères tels que le domicile du travailleur, la durée de sa mission à l'étranger, etc.

M. van Hecke explique qu'en raison de l'organisation administrative de la sécurité sociale, se pose également le problème de la possibilité pour une autorité administrative d'appliquer une loi étrangère. Si cette possibilité semble être admise dans certaines conventions récentes, en ce qui concerne les prestations dues aux assurés, elle paraît en revanche être encore toujours exclue quant à la perception des cotisations.

Votre rapporteur est d'accord avec M. van Hecke en ce qui concerne la possibilité pour une autorité administrative d'appliquer une loi étrangère, ce qui semble être admis dans certaines conventions récentes au sujet des prestations dues aux assurés, mais il n'est pas sûr que cela soit toujours exclu lorsque la perception des cotisations est en cause.

Pour MM. De Nova et Udina les questions concernant la sécurité sociale, les assurances sociales et la procédure ne sont pas réglementées par le droit du travail. C'est l'opinion de la doctrine occidentale récente, laquelle ne voit dans le droit du travail que « l'ensemble des règles juridiques applicables aux relations individuelles et collectives qui naissent entre les employeurs privés — ou assimilés — et ceux qui travaillent sous leur autorité, à l'occasion de ce travail » (Rivero et Savatier, Droit du travail, 1956, p. 4).

Votre rapporteur pense qu'il faudrait, malgré cela, englober leur réglementation dans notre projet de Résolution, et pas seulement parce que, ainsi qu'il l'a mentionné, dans beaucoup d'Etats, par exemple dans les Etats socialistes, ces questions sont réglementées par le droit du travail, mais aussi pour la simple raison que ces questions paraissent être gouvernées par la lex loci laboris, si c'est la lex laboris generalis.

Votre rapporteur approuve l'opinion de MM. Valladão et de Yanguas Messía, suivant laquelle les questions concernant la sécurité sociale et les assurances sociales suscitent des conflits de lois, et que ces questions doivent être réglementées dans le même cadre que les conflits de lois en matière de contrats de travail. M. de Yanguas Messía ajoute que les conventions sur la sécurité sociale conclues par l'Espagne avec plusieurs pays et, notamment, celles qui sont en vigueur avec l'Allemagne et avec la France, contiennent des règles de conflits de lois.

A cela votre rapporteur aimerait ajouter que ces questions sont réglementées de la manière ici exposée par les conventions que la Hongrie a signées avec la Pologne, le 14 février 1959 (Décret-loi nº 38 de 1959), la Tchécoslovaquie, le 30 janvier 1959 (Décret-loi nº 41 de 1959), la Yougoslavie, le 7 octobre 1957 (Décret-loi nº 20 de 1959), la République démocratique allemande, le 30 janvier 1960 (Décret-loi nº 13 de 1960), la Roumanie, le 7 septembre 1961 (Décret-loi nº 2 de 1962), l'URSS, le 20 décembre 1962 (Décret-loi nº 16 de 1963). De même, on peut citer encore les conventions de l'Union soviétique signées avec la Tchécoslovaquie (le 11.12.1959), la République démocratique allemande 24.5.1960), la Roumanie (le 24.12.1960); les conventions de la Tchécoslovaquie signées avec la Pologne (le 5.4.1948), la Bulgarie (1.4.1949, 25.1.1957), la DDR (le 11.9.1956), la Roumanie (le 2.5.1957), les conventions de la République démocratique allemande signées avec la Roumanie (12-28.4.1957), la Pologne (le 13.7.1967) et la Bulgarie (le 20.2.1958), etc.

Les dispositions de ces conventions, ainsi que celles contenues dans les lois des Etats socialistes, sont exposées dans le livre cité de votre rapporteur (p. 377) et dans un excellent article de I. K. Korodetskaya publié dans l'Annuaire soviétique de droit international, 1961, pp. 373-386 (en russe).

8. — Huitième question. D'après quelle loi faut-il apprécier la capacité des parties dans les contrats de travail? Pensezvous avec le rapporteur que ce devrait être la lex laboris generalis ou specialis compétente ou bien la loi personnelle des parties ou la lex loci contractus?

La majorité des membres de la Commission (MM. Batiffol, Cansacchi, Francescakis, Graveson, Udina et Valladão) est pour l'application de la *lex loci laboris*. MM. Fragistas, van Hecke, De Nova et de Yanguas Messía sont pour l'application de la *lex personalis*. MM. Schwind et Jenks n'ont pas pris position.

M. Batiffol n'est pas opposé par principe à l'application de la lex laboris, mais il remarque que la solution proposée par votre rapporteur revient pour partie à poser une règle matérielle, or ce procédé n'est pas usuel, selon lui, dans les Résolutions de l'Institut.

MM. Cansacchi, Francescakis, Graveson, Udina et Valladão acceptent également l'application de la lex laboris.

Suivant M. van Hecke, si la permanence du statut entraîne la nécessité de soustraire la capacité au statut des divers actes particuliers, par exemple aux statuts de l'adoption ou de la lettre de change, on ne voit pas pourquoi cette préoccupation ne devrait pas se faire sentir en matière de contrat de travail également. La commodité de l'employeur ne doit pas être la considération déterminante. Les exceptions au statut personnel que connaissent les différents droits pour tenir compte de la loi du lieu de conclusion du contrat (p. ex. jurisprudence française, art. 7-3 EGBGB) suffisent, de l'avis de M. van Hecke, de même que l'application de la loi du domicile en cas d'apatridie ou en vertu du renvoi, pour résoudre la plupart des difficultés.

M. De Nova, comme votre rapporteur l'a mentionné plus haut, voudrait faire une distinction entre la capacité de con-

clure personnellement un contrat de travail et la capacité d'exécuter un certain type de travail.

M. Fragistas doute qu'il soit nécessaire de s'éloigner ici des principes généraux réglant la capacité des parties. Les règles sur la capacité des parties ont, selon lui, pour but en premier lieu de protéger la personne et, en conséquence, c'est en premier lieu la lex personalis qui doit être appliquée. En outre, pour sauvegarder la sécurité des transactions, plusieurs Etats ajoutent que les actes juridiques opérés dans le pays par un étranger incapable d'après sa lex personalis doivent être considérés comme valides si cet étranger d'après la lex loci actus était regardé comme capable. Spécialement pour ce qui concerne la capacité de la femme mariée, M. Fragistas pense qu'il faut, tout au moins en principe, appliquer la loi qui règle les relations personnelles des époux.

Suivant M. de Yanguas Messía, c'est le respect de la personne et le respect du droit de la famille qui justifie l'application de la lex personalis même dans le domaine du droit de travail.

Votre rapporteur reconnaît que les arguments présentés par MM. Fragistas, van Hecke, De Nova et de Yanguas Messía sont très sérieux et qu'il existe des raisons importantes militant en faveur de l'adoption du principe de la lex personalis. Surtout l'argument présenté par M. de Yanguas Messía fait réfléchir, car l'homme comme sujet de droit doit être placé en premier lieu et avant toute autre considération, si respectable qu'elle soit. Néanmoins, votre rapporteur pense que l'application de la lex laboris dans le cas où le représentant légal ou le mari n'a pas formé une opposition expresse fondée sur la loi personnelle, ne diminue ni le respect dû à la personne ni le respect dû au droit de la famille. L'uniformité et la permanence de la loi applicable à la capacité indépendamment du lieu où le contrat a été conclu ou sera exécuté, ce qui justifie l'application

de la loi personnelle en matière civile, n'a pas la même importance ici. Ce qui est important en droit du travail, c'est que l'employeur ne soit pas obligé de rechercher la loi personnelle de ses employés, que la capacité de tous les travailleurs de la même usine soit appréciée par la même loi. Il ne serait pas désirable non plus d'obliger les travailleurs à faire des recherches pour se renseigner sur la loi personnelle de l'employeur. En outre, le contrat de travail est au fond une trading transaction et ces trading transactions sont appréciées dans beaucoup de pays, on l'a vu, par la lex fori.

Votre rapporteur reste donc partisan de l'application de la lex laboris à la capacité, mais il est prêt à proposer une disposition alternative de la Résolution en faveur de la lex personalis en restant fidèle au principe adopté par l'Institut à sa session de Luxembourg (1937), selon lequel

la capacité à l'effet de conclure un contrat de travail est régie par la loi personnelle de chacune des parties, sous réserve des règles prohibitives et de police de la législation du pays d'exécution.

- 9. Neuvième question. D'après quelle loi faut-il apprécier la validité extrinsèque des contrats de travail : d'après la lex laboris, comme le rapporteur le pense, ou bien d'après le principe du locus regit actum?
- MM. Cansacchi, Fragistas, De Nova, Udina et de Yanguas Messía sont favorables à l'adoption d'un système d'application alternative de plusieurs lois sur la base du principe du favor negotii et admettent la validité au point de vue de la forme du contrat de travail, s'il est conforme à la lex loci contractus, de la loi nationale ou de domicile commun des parties, la lex causae, la lex loci laboris, la loi du siège de l'entreprise. MM. Francescakis, Graveson et Valladão sont partisans de l'application de la lex causae, donc dans la plupart des cas de

la lex loci laboris. M. van Hecke aimerait qu'on accepte la compétence de la règle locus regit actum. MM. Schwind et Jenks n'ont pas répondu à cette question.

M. Batiffol considère que cette question est de celles qu'il y aurait lieu de discuter plus avant, bien qu'il admette que

les formes du contrat du travail peuvent être plus inspirées par un souci de protection que par celui de faciliter la conclusion des actes.

M. Cansacchi plaide pour l'adoption du principe du favor negotii.

M. Fragistas explique que selon lui, s'il ne s'agit pas d'une formalité impérative, il faudrait considérer comme compétente la lex loci contractus, la lex causae et la loi nationale commune des parties, donc le principe locus regit actum dans sa portée facultative, car dans la grande majorité des cas celui qui s'intéresse à sauver la validité du contrat de travail conclu sans formalités, c'est le travailleur. Pour sauvegarder ses intérêts il faut être généreux en ce qui concerne la forme du contrat de travail.

Pour MM. De Nova et Udina ce sont la lex laboris, la lex loci actus et la lex personalis communis des parties qui devraient être appliquées avec la favor validitatis.

M. de Yanguas Messía étant partisan de l'application de la lex laboris et de la lex loci contractus d'une manière facultative, explique que l'Accord bilatéral du 29 mars 1960, conclu par l'Espagne et la République fédérale allemande, contient comme annexe une formule en langue espagnole et en langue allemande, à remplir dans chaque contrat avant le départ du travailleur, avec les signatures de celui-ci et de l'entreprise, et le visa des organes désignés à cet effet par les deux gouvernements. Cela confirme qu'il est convenable d'éviter une norme rigide et d'adopter une solution plus souple.

En ce qui concerne l'application de la lex laboris, MM. Francescakis, Graveson et Valladão sont pour l'adoption de la compétence de la lex laboris, donc dans la plupart des cas, de la lex loci laboris.

M. van Hecke explique que si la règle locus regit actum est admise pour des actes aussi importants que la reconnaissance d'un enfant naturel ou le contrat de mariage, on ne voit pas pourquoi elle ne serait pas admise pour la conclusion ou la rupture d'un contrat de travail. Il ne doit en être autrement que dans les cas où la formalité imposée serait de nature administrative (p. ex. enregistrement auprès d'une autorité).

Votre rapporteur est d'avis, comme il l'a exposé dans son exposé préliminaire 1, qu'en principe, le contrat de travail n'est soumis à aucune condition de forme pour sa validité, et les formalités de preuve qui seraient exigées légalement sont elles-mêmes souvent écartées par la pratique. Mais, pour la protection de certains salariés, la loi a parfois exigé que le contrat soit passé par écrit. Or, la forme écrite peut toujours être respectée. Il pense aussi que la règle locus regit actum ne saurait être considérée comme compétente que dans la partie du droit du travail appartenant au droit privé; dans la partie appartenant au droit public, par contre, les prescriptions de forme du droit interne seraient applicables dans les limites qu'elles s'assignent. Or, il ne paraît pas opportun de faire une distinction entre la partie du droit du travail régie par les principes du droit privé et la partie régie par les principes du droit public, car cela serait contraire au principe de l'unité, de l'homogénéité du droit du travail qui devrait être assurée autant que possible. Il pense que les conditions de forme du contrat de travail ne devraient pas être appréciées selon la règle locus regit actum, mais par la lex laboris, c'est-à-dire par la

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Exposé préliminaire p. 373 ci-après.

lex loci laboris dans la majorité des cas, et par les leges laboris speciales dans certains cas particuliers. Cette solution aurait le grand avantage d'assurer l'unité de la loi applicable, car la même loi régirait la capacité des parties, la validité intrinsèque et extrinsèque et les effets des contrats de travail.

De l'avis du rapporteur, la règle locus regit actum, qui est l'une des solutions, très peu nombreuses, sur lesquelles existe en droit international privé une unité de vues générale, semble justifiée dans le domaine des contrats de droit civil par l'idée qu'il faut favoriser et faciliter la conclusion des affaires et que l'application de la lex loci contractus est la plus pratique de ce point de vue. Or, cette idée n'a pas la même importance en matière de droit du travail, car ici le but principal du législateur n'est pas de faciliter et de favoriser la conclusion des transactions, mais de donner à la forme une fonction plutôt protectrice: celle de rendre difficile l'acte qui peut léser le travailleur. Elle ne poursuit qu'à un moindre degré les fins qu'on lui reconnaît dans les autres matières juridiques, surtout celle de faciliter la preuve.

L'opinion de votre rapporteur est appuyée par l'éminent spécialiste du droit international du travail M. Gamillscheg qui, dans un article excellent (*Revue critique*, 1961, p. 478), écrit:

... il n'est pas désirable de favoriser la rapidité de conclusion et de dissolution du contrat de travail et des conventions corrélatives à ce contrat (conventions de non-concurrence, de cautionnement, accord sur la durée du contrat ou sur un travail préalable à l'essai, convention sur le congé, sur le droit à l'invention de service, etc.), mais ce serait même directement contraire à la tendance du droit du travail moderne.

Bien que votre rapporteur soit partisan de l'application de la lex causae pour la validité extrinsèque du contrat de travail, car à son avis c'est cette loi qui assure le mieux la protection du salarié et de l'intérêt public ainsi que la sécurité des transac-

tions, si la majorité des membres de l'Institut insiste pour l'application de la règle locus regit actum dans sa portée facultative pour faciliter la conclusion des contrats, il est prêt à adopter cette règle, car il admet que dans la majorité des cas, c'est le travailleur qui est le plus intéressé à ce que la validité du contrat conclu sans formalités soit reconnue.

10. — Dixième question. D'après quelle loi faut-il apprécier la validité intrinsèque. les effets, l'interprétation, les modalités d'exécution, la rupture, et l'expiration des contrats de travail? Est-ce la lex laboris generalis ou specialis qui est compétente, comme le rapporteur le pense, ou bien une autre loi?

Tous les membres de la Commission ont accepté ici la proposition de votre rapporteur concernant l'application de la lex laboris generalis ou specialis. Il n'y avait de divergences de vues qu'au sujet de la détermination de la lex laboris, comme votre rapporteur a essayé de l'expliquer plus haut.

Votre rapporteur se réfère ici à son exposé préliminaire 1 et son livre cité (pp. 302 ss.).

11-12. — Onzième et douzième questions. D'après quelle loi faut-il apprécier la capacité des parties, ainsi que la validité territoriale, la validité extrinsèque et intrinsèque, les effets et l'interprétation des conventions collectives? Est-ce la lex laboris generalis ou specialis qui est compétente ou bien une autre loi?

D'après quelle loi faut-il décider les conflits a) entre plusieurs conventions collectives compétentes, b) entre les contrats de travail individuels et les conventions collectives, et c) entre les leges constituendi (les lois gouvernant l'organisation des usines) et les conventions collectives. Est-ce la lex laboris generalis ou specialis, comme le rapporteur le pense, ou bien une autre loi?

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Exposé préliminaire pp. 375-380 ci-après.

Huit membres, MM. Batiffol, Cansacchi, Francescakis, Graveson, De Nova, Udina, Valladão et de Yanguas Messía sont favorables en principe (quelquefois avec des réserves) à l'application de la *lex laboris*, proposée par votre rapporteur, MM. Fragistas et van Hecke, par contre, sont partisans de l'application d'autres lois.

- M. Batiffol accepte l'application de la lex laboris avec une seule réserve qui concerne la renonciation à la convention collective quand le contrat de travail n'est pas régi par la lex loci laboris, car dans ce cas cette loi prétendrait légitimement au dernier mot.
- M. Cansacchi accepte également l'application de la lex laboris generalis ou specialis, mais il souligne les difficultés qui peuvent surgir lorsque la lex loci laboris specialis est une loi différente de celle en vigueur dans le territoire où le travail est exécuté et cette dernière loi impose l'indérogabilité des conventions collectives pour tous les travailleurs, nationaux ou étrangers, d'une certaine catégorie de travail.

Suivant M. Francescakis la loi du lieu du travail doit être appliquée dans la mesure où elle se présente comme une loi de police.

M. Graveson, ainsi que votre rapporteur l'a mentionné plus haut, pense que si la convention collective doit opérer hors du territoire de l'Etat qui l'avait créée, sa qualité juridique devrait être déterminée par la loi de l'Etat qui l'avait créée, les autres questions par la proper law, laquelle sera en général la lex laboris.

Quant aux conflits mentionnés dans la question n° 12, M. Graveson accepterait l'application de la *lex laboris*, mais il remarque que très peu de systèmes juridiques contiennent des règles « adéquates » pour résoudre ces conflits et que

although this problem is one for internal legal systems it cannot be ignored in making a reference of such problems to them

through the general principle of the *lex laboris*. It is thought that rules of law may play a very limited part in any case in the solution of some of these conflicts.

M. De Nova accepte le principe de l'application de la lex laboris generalis ou specialis et il remarque qu'il n'existe aucune différence, en principe, entre les contrats individuels et les conventions collectives.

MM. Udina, Valladão et de Yanguas Messía sont également d'accord avec votre rapporteur sur ces questions.

Ne sont pas d'accord MM. Fragistas et van Hecke.

Suivant M. Fragistas les conventions collectives sont soumises aux lois applicables aux contrats de travail individuels, donc à la lex laboris generalis ou specialis, mais si la convention collective ne s'applique qu'aux contrats qui s'exécutent dans le pays, les contrats ne sont pas soumis à la convention collective si le locus laboris se trouve à l'étranger. Si le contrat individuel n'est pas soumis à la lex loci laboris, les conventions collectives du pays dans lequel le travail doit être exécuté ne sauraient être appliquées. Néanmoins, si dans ces contrats collectifs figurent des dispositions du niveau de l'ordre public international, M. Fragistas est d'avis que ces dispositions devront être appliquées aux contrats individuels de travail qui seront exécutés dans le territoire du pays du contrat collectif respectif, même s'il s'agit de contrats individuels de travail qui sont soumis à un ordre juridique étranger.

C'est ainsi qu'il est possible, selon M. Fragistas, qu'un contrat individuel de travail soit soumis à deux contrats collectifs de travail appartenant à deux ordres juridiques différents. L'un de ces contrats collectifs s'applique comme appartenant au statut applicable dans l'espèce, l'autre s'applique pour des raisons d'ordre public. Dans ce cas de conflits entre deux contrats collectifs dans le pays où le contrat de travail indivi-

duel doit être exécuté, c'est le contrat collectif de ce pays qui a la supériorité; par contre, dans tous les autres pays, c'est le contrat collectif de la *lex causae* qui doit avoir la prépondérance.

Suivant M. van Hecke il y a lieu de distinguer, comme votre rapporteur l'a fait, entre les effets contractuels et les effets normatifs d'une convention collective. Quant aux effets contractuels, suivant M. van Hecke, la loi choisie, même implicitement, par les parties, devrait être considérée comme compétente, et en l'absence de choix, la loi avec laquelle le rattachement de la convention est le plus étroit. Quant aux effets normatifs, il faut, suivant M. van Hecke, examiner dans la convention elle-même, comme dans une loi, ce qu'elle dispose quant à son propre champ d'application. En cas d'absence de pareille disposition, comme en cas de conflit entre deux conventions collectives de pays différents, la convention collective applicable devra être déterminée par la localisation du contrat individuel de travail.

Votre rapporteur apprécie beaucoup les observations présentées par les membres de la Commission au sujet des conventions collectives. Il leur en est très reconnaissant, car la détermination de la loi applicable aux conventions collectives est l'un des problèmes les plus difficiles du droit international du travail. Le Rapport général du deuxième Congrès de droit du travail de Genève explique aussi que les auteurs (Batiffol, Caleb, Niboyet, de Yanguas Messía), qui ont étudié le problème de l'influence des conventions collectives de travail sur la loi applicable aux contrats individuels, ont en général insisté sur le caractère territorial marqué des conventions collectives et en ont déduit la localisation du contrat au lieu d'exécution de celui-ci. Mais l'étendue même de cette localisation reste discutée. Une première solution (Yanguas Messía) consiste, suivant le Rapport, à ne donner effet aux dispositions d'un con-

trat de travail soumis à une loi différente de celle du lieu où est en vigueur la convention collective que dans la mesure où elles prévoient des conditions égales ou plus favorables que celles qui sont stipulées par la convention collective. Dans une seconde opinion (Rapport national français, pp. 23-24), la convention collective « s'intègre dans le cadre législatif et réglementaire qui lui donne autorité ». Elle doit donc être appliquée dans les mêmes conditions que la législation locale. On a proposé aussi (par exemple Rabel) de distinguer selon la nature des matières réglementées par la convention collective : dans la mesure où il s'agit de matières de droit privé, les dispositions de la convention collective pourraient être étendues à des succursales ou filiales situées à l'étranger et les règles relatives aux conditions de travail et aux salaires pourraient, dans la mesure où elles sont incorporées dans des contrats individuels de travail, se voir reconnaître des effets par les tribunaux d'Etats différents.

Votre rapporteur admet avec M. Batiffol que la lex loci laboris prétend légitimement au dernier mot quand le contrat de travail n'est pas régi par cette loi. Il admet également que si la lex laboris n'est pas la lex loci laboris, des difficultés surgissent si cette dernière impose l'indérogabilité des conventions collectives pour tous les travailleurs. Il partage également l'opinion de M. Francescakis que la convention collective peut se présenter comme une loi de police. Il partage aussi celle de M. Graveson de prendre en considération la loi de l'Etat qui a créé la convention, et que très peu de systèmes juridiques contiennent des règles « adéquates » pour résoudre les conflits. Il trouve aussi très judicieuses les observations de MM. Fragistas et van Hecke et il remercie MM. De Nova, Udina, Valladão et de Yanguas Messía de leur adhésion à la thèse qu'il a présentée. Il espère que MM. Jenks et Schwind partageront également son opinion.

La question de la détermination de la loi compétente pour les conventions collectives étant extrêmement discutée dans la littérature, il faut, de l'avis de votre rapporteur, étudier d'une manière approfondie la nature juridique des conventions collectives et, comme il l'avait fait dans son exposé préliminaire 1, examiner séparément les questions de la validité territoriale, de la nature juridique des conventions collectives, puis les questions ayant trait à la détermination de la loi applicable à la capacité des parties, à la validité extrinsèque, à la validité intrinsèque et aux effets des conventions collectives. De même, il faut étudier séparément les conflits entre deux ou plusieurs conventions collectives, les conflits entre les contrats de travail individuels et les conventions collectives, et les conflits entre les leges constituendi (les lois gouvernant l'organisation des usines) et les conventions collectives.

Votre rapporteur est d'accord avec le Rapport général du deuxième Congrès de Genève cité (pp. 103-104) qu'une étude complète de la question doit comprendre, outre l'indication de la loi applicable à la convention collective elle-même, un examen distinct des deux situations suivantes:

- a) sort des contrats de travail soumis à une loi différente de celle du pays où ils doivent être exécutés, situation faite à l'étranger aux contrats conclus dans le cadre d'une convention collective:
- b) il y aurait lieu de se demander également si le caractère territorial généralement reconnu aux conventions collectives de travail ne serait pas susceptible de certains assouplissements, dans le cas, par exemple, de travailleurs temporairement détachés à l'étranger, afin de permettre à ceux-ci de continuer à bénéficier des avantages de la convention collective sous l'empire de laquelle leurs contrats ont été conclus à l'origine.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Exposé préliminaire pp. 380 ss. ci-après.

Votre rapporteur reconnaît que la négociation d'accords collectifs internationaux sous les auspices de l'OIT, dont la perspective a été envisagée, en 1944, à la vingt-sixième session de la Conférence internationale du Travail (Philadelphie, 1944, voir Rapport I, p. 111) aurait pour conséquence de faire disparaître certains conflits de lois dans ce domaine; mais, à l'inverse, des problèmes nouveaux se poseraient au sujet des sphères d'application respectives des accords collectifs internationaux et des conventions collectives nationales. Sur les rapports, dans l'état actuel des choses, des conventions internationales du travail et des conventions collectives, notamment sur la mesure dans laquelle ces dernières peuvent être utilisées en vue de la ratification des conventions internationales du travail, voir le Rapport précité (pp. 108 ss.).

Pour avoir une idée nette de la nature juridique d'un rapport juridique, il faut étudier ses éléments d'un point de vue statique et dynamique. Ses éléments contemplés et examinés du point de vue statique sont : les sujets, l'objet direct, l'objet indirect et le contenu du rapport, et ses éléments contemplés et examinés du point de vue dynamique : sa constitution, sa modification et son extinction, les questions ayant trait à sa validité intrinsèque et extrinsèque.

Les sujets des conventions collectives ne sont pas les parties dans les relations de travail individuelles, l'employeur et le travailleur, mais au moins d'un côté généralement — mais pas toujours — des personnes morales collectives ou la collectivité des travailleurs.

Leur objet direct n'est pas l'exécution personnelle du travail par le travailleur et l'exécution personnelle des obligations de l'employeur, mais la réglementation des éléments statiques et dynamiques du rapport et en particulier la participation, la collaboration, la coopération des travailleurs dans cette réglementation.

Leurs objets indirects ne sont pas les objets des prestations du travailleur et de l'employeur, mais ces prestations ellesmêmes.

Leur contenu est constitué des droits et obligations des sujets des rapports de travail de nature collective.

La constitution, la modification et l'extinction, la validité intrinsèque et extrinsèque de ces rapports collectifs ont pour base, dans les pays occidentaux, les conventions collectives, company statutes, factory regulations, décisions des work councils et des collectivités de travailleurs, les statuts des syndicats, et dans les Etats socialistes les statuts de certaines organisations. L'organisation, la constitution, la compétence de ces organes sont réglées par la lex constituendi, c'est-à-dire par la loi de l'Etat qui les a organisés; les éléments statiques et dynamiques de ces rapports, par contre, ainsi que leur effet territorial sont réglés par la lex laboris generalis ou specialis.

En ce qui concerne la validité territoriale des conventions collectives, votre rapporteur a essayé de démontrer dans son exposé préliminaire que certains auteurs et certaines décisions judiciaires (Kaskel, Friezler, Simi, etc., et le Reichsgericht, 25.5.1932) voudraient appliquer celle des conventions qui, dans son ensemble, est la plus favorable au travailleur; d'autres (la Cour de cassation, 8.12.1938) d'une manière cumulative les deux conventions en conflit, d'autres encore (la Cour de cassation, 21.5.1959) la coutume locale aussi, d'autres (la Cour de cassation, 10.7.1959) la loi à laquelle se réfère le contrat de travail, d'autres enfin (la Cour de cassation, 9.11.1959) la convention en vigueur dans l'établissement principal (à l'exception des travailleurs embauchés sur place). Les partisans de la Ausstrahlungstheorie (Gamillscheg, Borowski, Nussbaum, Reichsgericht, 20.2.1929) reconnaissent l'extension

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Exposé préliminaire pp. 380-381 ci-après.

de ses effets au locus laboris étranger, d'autres (Baldoni, Cansacchi, Monaco, Massart, Andreoli, Vassali, contra: Pergolesi, Balladore Pallieri, Richard, Gemma) son extension à tout le territoire du pays, mais pas au territoire des pays étrangers. Certains auteurs (Freyria) reconnaissent un effet territorial complet aux conventions collectives, tandis que selon d'autres (Kronheim), la validité des conventions collectives ordinaires ne possédant pas un effet erga omnes, les « conventions collectives non étendues » doivent être gouvernées par les mêmes principes que les contrats de travail individuels; par contre, les conventions collectives « étendues », erga omnes, étendent leurs effets à tous les contrats de travail à exécuter dans le pays.

Votre rapporteur avait également essayé de démontrer que, dans la doctrine occidentale, on fait une distinction entre les conventions avec un effet erga omnes, lesquelles ne gouvernent que le travail exécuté dans l'intérieur du pays, et les conventions ordinaires non généralisées, et qu'il existe des auteurs selon lesquels <sup>1</sup> il faut considérer si le travail en question a commencé ou non dans le pays et si les contrats de travail peuvent ou non être considérés comme des Mindestnorms sociales, des minima standards.

En ce qui concerne la capacité des parties, votre rapporteur a exposé que selon certains auteurs (Schnorr von Carolsfels) la loi du pays intérieur, suivant certains autres (Gamillscheg) la lex situs et la lex constituendi devraient être considérées comme compétentes. En ce qui concerne la validité extrinsèque des conventions, suivant certains auteurs le principe locus regit actum, suivant d'autres (Gamillscheg) la lex situs de l'usine doit être appliqué. En ce qui concerne la validité intrinsèque, le contenu et les effets des conventions collectives,

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Exposé préliminaire p. 382 ci-après.

ils sont gouvernés, selon certains (Gamillscheg), par la *lex situs* de l'usine, selon d'autres, par les lois prohibitives et impératives de toutes les lois en rapport avec la relation du travail.

Dans son exposé préliminaire, votre rapporteur a déclaré qu'il faudrait, à son avis, adopter les dispositions très judicieuses énoncées à l'article 8 du projet de l'Institut présenté à Luxembourg en 1937, mais en les complétant de la façon suivante:

Le projet de l'Institut ne mentionne que les rapports entre la convention collective et le contrat individuel de travail qu'il considère comme gouvernés par la lex loci laboris. Si la loi du pays d'exécution attribue aux conventions collectives de travail une force obligatoire générale, les contrats individuels qui doivent y être exécutés sont soumis, suivant le projet, à ce régime, quelle que soit la loi dont ils relèvent en vertu des articles précédents. Si, au contraire, d'après la loi du pays d'exécution, la force obligatoire de la convention collective est restreinte aux personnes qui sont parties à cette convention, le contrat individuel de travail relevant d'un droit étranger n'est pas soumis à cette convention collective.

Votre rapporteur considère la convention collective comme un contrat-norme, en partie une règle de droit et en partie un contrat. Il s'ensuit que la validité territoriale de la convention collective doit être gouvernée par les mêmes principes que les contrats de travail individuels et les règles de droit du droit du travail, donc par la lex laboris generalis ou specialis compétente. Si la convention collective limite son application d'une manière expresse aux travaux exécutés exclusivement, soit dans le pays, soit à l'étranger, cette limitation doit être prise en considération.

Si la convention est en conflit avec d'autres conventions collectives et avec des contrats de travail individuels, la convention en vigueur dans le pays de la lex laboris generalis ou specialis devrait être considérée comme compétente. C'est d'elle que dépend la réponse à la question de savoir si l'employeur ou le travailleur peut exclure l'application de la convention collective ou renoncer aux droits garantis par elle. C'est également la lex laboris qui détermine jusqu'à quel point les outsiders tombent sous l'effet de la convention collective, et c'est elle qui doit être considérée comme compétente pour les éléments constitutifs des conventions : la capacité des parties, la validité extrinsèque et intrinsèque, le contenu et les effets de la convention.

Votre rapporteur a essavé de démontrer dans son exposé préliminaire 1 et dans son livre cité (pp. 363-367) que l'application de la lex laboris generalis ou specialis, dans les questions concernant la convention collective, est motivée par les mêmes arguments qui militent en faveur de l'application de la même loi dans les questions concernant les contrats de travail individuels. Deux principes jouent ici un rôle prépondérant : le principe de l'unité de la convention collective, lequel exige que tous les éléments constitutifs de la convention soient gouvernés par la même loi, et le principe de l'unité de l'entreprise de l'employeur, lequel exige que l'entreprise, elle aussi, soit régie, autant que possible, par une seule loi. S'il ne fait pas de doute que l'entreprise forme un tout, constitue une unité de production, une unité financière, une unité psychologique, s'il est permis de penser que le législateur cherche à respecter cet ensemble, une seule convention collective doit régir l'entreprise. Dans les pays aussi bien occidentaux que socialistes on voit une nette tendance à étendre d'office toute convention collective à l'ensemble de l'entreprise. De toute façon, il faut noter que la convention collective ordinaire, sans effet erga omnes, et la convention collective étendue, avec effet erga

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Exposé préliminaire pp. 384-385 ci-après.

omnes, étant de même nature, les mêmes règles de conflit devront leur être imposées. On arrive ainsi à concilier les deux positions qui, à première vue, semblent opposées, à savoir : la nature conventionnelle de la convention collective et son application territoriale.

Il existe encore une question que votre rapporteur n'avait pas abordée dans son exposé préliminaire et qu'il aimerait mentionner ici. C'est la question de l'application de la clause d'ordre public. Cette clause peut, bien entendu, être aussi appliquée dans le cas de l'application des dispositions des conventions collectives étrangères, et cela dans un cercle plus étendu si le locus laboris est à l'intérieur du pays que s'il est à l'étranger. Ainsi le juge peut refuser l'application des dispositions d'une convention collective étrangère, lesquelles assurent moins de droits au travailleur que la loi de l'Etat du for considère comme devant être assurés au minimum pour des raisons sociales absolument respectables, et peut refuser aussi l'application de ces dispositions si celles-ci devaient porter atteinte aux intérêts importants de l'Etat du for.

Il peut arriver également que certaines dispositions d'une convention collective interne ne puissent être appliquées à l'étranger et que celles d'une convention collective étrangère ne puissent être appliquées à l'intérieur du pays, car elles nécessiteraient une telle intervention d'une autorité que cette intervention ne saurait être réalisée. Dans ce cas, de l'avis de votre rapporteur, l'effet transformateur du principe de l'ordre public entre en ligne de compte et le juge peut transformer la règle en question. (Voir livre cité, p. 367.)

13. — Treizième question. Quelle loi faut-il considérer comme compétente pour apprécier les relations d'assurance sociale? Est-ce la lex laboris generalis ou specialis, comme le rapporteur le pense, ou une autre loi? Si une loi étrangère est à

appliquer et que celle-ci détermine d'une manière différente ou exclut complètement sa propre application, quelle est la loi qui doit être appliquée par le juge? Est-ce la lex obligationis, comme le rapporteur le pense, ou bien une autre loi?

MM. Cansacchi, Graveson, De Nova, Valladão et de Yanguas Messía sont en principe favorables à l'application de la lex laboris, bien que quelquefois avec des réserves, MM. Francescakis et van Hecke ont une opinion dissidente séparée, et MM. Batiffol et Fragistas pensent qu'il ne faudrait pas régler cette question dans le projet de Résolution.

En ce qui concerne les opinions en principe favorables à l'application de la *lex laboris*, les réserves suivantes sont présentées par les membres de la Commission.

Suivant M. Cansacchi, si la lex loci laboris impose un système obligatoire d'assurance sociale, cette loi ne pourra pas être détournée, ce qui peut présenter des difficultés lorsque la loi qui régit le contrat de travail n'est pas la lex loci laboris. Votre rapporteur est d'accord et dans ce cas il admet que la lex loci laboris doit être considérée comme compétente.

M. Graveson en répétant qu'il faut faire des distinctions entre les différents aspects de la sécurité sociale, accepte la compétence de la lex laboris.

M. Udina voudrait considérer comme compétente, à défaut de la lex laboris, en tant que loi territoriale de l'organe de l'assurance sociale, la loi personnelle commune des parties ou bien la loi du lieu de conclusion du contrat et, dans une autre hypothèse, la lex obligationis.

Suivant M. Valladão, si la lex loci laboris manque, il faudrait appliquer les conditions minima, les minima standards de la lex fori, ce que, comme il l'a déjà dit, votre rapporteur approuve complètement.

Selon M. de Yanguas Messía à côté du principe territorial comme règle, on ne peut pas écarter, à certains égards, le

principe personnel. C'est, par exemple, le cas de la computation du temps minimum exigé pour percevoir une pension, lorsqu'il faut tenir compte de la période de travail réalisée au pays d'origine.

Votre rapporteur est entièrement d'accord avec M. de Yanguas Messía et le système suivi sur ce point dans plusieurs conventions bilatérales signées par l'Espagne, en vertu duquel il faut faire une computation totale des différentes périodes et appliquer la règle pro rata temporis, est également suivi par les Etats de l'Europe orientale 1.

M. Francescakis, qui ne partage pas les vues de votre rapporteur, insiste sur la nécessité d'une coordination des régimes nationaux par des traités diplomatiques, ce qui paraît en effet nécessaire, et M. van Hecke, comme nous l'avons dit, est d'avis qu'il n'est pas possible de répondre à cette question de manière générale. Les accidents de travail sont à traiter, selon lui, d'une manière différente de l'assurance maladie-invalidité. On a besoin, déclare M. van Hecke, de critères plus simples et plus nets que celui du « rattachement le plus étroit » et il préconise de faire l'inventaire des critères de délimitation utilisés. Cet inventaire montrerait la grande importance des critères tels que le domicile du travailleur, la durée de sa mission à l'étranger, etc.

MM. Batiffol et Fragistas proposent de ne pas régler ces questions dans le projet de Résolution, car suivant M. Batiffol l'évolution tend à désolidariser la sécurité sociale du droit du travail et, suivant M. Fragistas, parce que le problème des assurances sociales sur le plan international présente plusieurs particularités qu'il est préférable de régler par des traités internationaux spéciaux.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Voir les conventions déjà mentionnées p. 289 ci-dessus.

Votre rapporteur est d'accord avec MM. Francescakis et Fragistas en ce qu'il est souhaitable de coordonner les régimes nationaux de l'assurance sociale par des traités internationaux. Il est d'accord aussi avec M. van Hecke en ce qu'il serait souhaitable de faire l'inventaire des critères de délimitation utilisés et de prendre en considération le domicile du travailleur et la durée de sa mission à l'étranger lorsque les Etats signent des traités au sujet des assurances sociales. Il est également d'accord avec M. Batiffol en ce qu'il existe une tendance dans la littérature des pays occidentaux à exclure les problèmes de la sécurité sociale du domaine du droit du travail. Mais toutes ces considérations n'excluent point, de l'avis de votre rapporteur, que les problèmes de l'assurance sociale soient réglés dans notre projet de Résolution et qu'ils soient gouvernés par la lex laboris generalis ou specialis, tout en admettant que si une loi étrangère est à appliquer et que celleci détermine d'une manière différente ou exclut complètement sa propre application, c'est la lex obligationis qui devra être considérée comme compétente.

Votre rapporteur a essayé de démontrer dans son exposé préliminaire 1 qu'il existe deux types de relations de travail concernant les assurances sociales : les relations entre l'assuré et l'assureur et les relations entre l'employeur et l'assureur. A son avis, les deux types de relations doivent être gouvernés par la lex laboris generalis ou specialis compétente. Si cette loi oblige l'organe de l'assurance sociale à des prestations et charge l'employeur des obligations, le juge pourra les contraindre à exécuter leurs obligations. Si cette loi est une loi étrangère et détermine les conditions de sa propre application d'une manière différente ou exclut complètement sa propre

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Exposé préliminaire pp. 386-387 ci-après.

application ou ne connaît pas du tout l'institution de l'assurance sociale obligatoire, il peut arriver que le travailleur reste sans aucun appui, sans aucune prestation de la part de l'assureur. Pour éviter cette conséquence, de l'avis du rapporteur, le juge devrait dans ce cas chercher s'il n'existe pas une obligation de nature privée du côté de l'assureur et, partant, devrait appliquer la règle de conflit compétente du droit international privé, donc la lex obligationis, qui sera la loi choisie par les parties et dans le silence des parties, dans la plupart des cas, la lex domicilii de l'assureur.

Ici votre rapporteur aimerait ajouter qu'il est tout à fait compréhensible que les opinions des membres de la Commission concernant la détermination de la loi compétente pour les assurances sociales soient différentes, car comme le Rapport général du deuxième Congrès de droit du travail le constate justement, le droit de la sécurité sociale est peut-être celui dans lequel, à l'heure actuelle, dans de nombreux pays, l'évolution est la plus rapide et la plus complète. Dans ce domaine, les règles de droit international sont encore en formation. On s'interroge sur la nature des cette discipline nouvelle et on recherche dans quelle mesure elle peut s'intégrer dans le cadre traditionnel des règles de conflit (pp. 147 ss.). Les seules questions qui, dans ce domaine, ont été étudiées depuis plus de cinquante ans, sont les questions ayant trait aux accidents du travail.

Dans ce domaine les jurisprudences nationales présentent une grande diversité. Le Rapport cité explique bien (p. 154) que le droit anglais et le droit écossais ont classé de façon permanente les accidents du travail dans la catégorie des délits civils (torts) et consacré comme élément de rattachement le lieu où s'est produit l'accident. Il ne fait pas de doute que pour la réparation du délit, il faut, selon la jurisprudence anglaise et écossaise, que le fait dommageable soit susceptible d'être

indemnisé tant d'après les dispositions de la lex fori que d'après celles de la lex loci delicti. Si la victime d'un accident survenu à l'étranger demande réparation devant un tribunal anglais, les juges recherchent si, aux termes de la loi anglaise, l'employeur est responsable, mais, à supposer que ce soit le cas, l'employeur peut se défendre en démontrant que, selon la lex loci delicti, il n'est pas tenu à réparation.

Contrairement au droit anglais et écossais, la jurisprudence française se réfère à la loi du contrat. Son application a été consacrée par les Chambres réunies de la Cour de cassation (26 mai 1921, dans le même sens Civ. 8 mai 1907, et Civ. 10 mars 1913) qui ont décidé que

l'obligation que la loi du 9 avril 1898 ... impose aux chefs d'entreprise d'indemniser, dans la mesure qu'elle détermine, les ouvriers et employés victimes d'accidents du travail et à ceux-ci de ne se prévaloir contre leurs patrons d'aucune autre disposition légale est la conséquence nécessaire du contrat de louage de services; que partout où s'exécute ce contrat, la loi du 9 avril 1898 doit recevoir son application...

Depuis cette décision, comme le Rapport le constate, la position de la Cour de cassation n'a pas varié et, dans l'arrêt qu'elle a rendu le 9 décembre 1954, sous l'empire de la loi du 30 octobre 1946, elle a répété que

la loi applicable à une maladie professionnelle comme à un accident du travail est celle qui régit le contrat de travail.

Aux Etats-Unis, la situation est extrêmement complexe.

A l'origine, les Worksmen's Compensation Acts avaient adopté la qualification délictuelle et retenu, par conséquent, comme élément de rattachement le lieu de survenance de l'accident. Mais, depuis, d'autres éléments de rattachement ont été

pris en considération et il en résulte une grande diversité dans la situation des différents Etats, diversité d'autant plus marquée que certains Etats exigent la présence de deux et quelquefois de trois éléments de rattachement. Dans beaucoup de cas, il est possible pour la victime d'obtenir l'application d'une loi autre que la lex fori. Il faut remarquer aussi qu'une catégorie spéciale d'accidents du travail a fait l'objet d'une réglementation fédérale, ceux qui concernent les employés des compagnies de chemins de fer assurant des transports inter-Etats. Ces accidents sont soumis au Federal Employer's Liability Act qui présente des caractères différents des Workmen's Compensation Acts des Etats; en particulier le fondement de la responsabilité de l'employeur se trouve non dans la notion de Common law de faute contributive (Contributory Negligence), mais dans l'idée de comparaison des fautes respectives de l'employeur et du salarié (Comparative Negligence).

Le Rapport explique également (p. 157) que certains des accords bilatéraux relatifs aux accidents du travail ont résolu le problème de la loi applicable; c'est la loi du lieu de l'accident qui a été, en général, considérée comme compétente par les traités les plus anciens, telles la convention franco-belge du 21 février 1906 et les conventions du même type. (Par exemple, la convention belgo-luxembourgeoise du 15 avril 1905. l'arrangement franco-italien du 9 juin 1906, les conventions franco-britannique du 3 juillet 1909 et franco-luxembourgeoise du 27 juin 1906. C'est la solution consacrée par la convention internationale du travail nº 19 sur l'égalité de traitement [accidents du travail, 1925]). Ces conventions apportaient d'ailleurs au principe ainsi posé certaines exceptions : lorsque la victime était détachée à titre temporaire et occupée depuis moins de six mois sur le territoire de l'un des Etats contractants, la loi applicable était celle du siège de l'entreprise et non celle du lieu de l'accident. Il en était de même pour les personnes attachées à des entreprises de transport et occupées de façon intermittente, même habituelle, dans un pays autre que celui où était fixé le siège de l'entreprise dont elles dépendaient.

Ces différents accords ne sont plus en vigueur ; les questions relatives aux accidents de travail sont aujourd'hui réglées par les conventions générales de sécurité sociale, domaine dans lequel interviennent des principes de solution très différents.

Dans la littérature, plusieurs doctrines sont proposées par les auteurs en ce qui concerne la détermination de la loi compétente pour les accidents de travail. Suivant la doctrine de la thèse délictuelle, la plus ancienne, la loi du lieu de l'accident doit être appliquée (Loubat, Mahaim), (selon certains auteurs IH. et L. Mazeaud. Baldonil en sa qualité de loi de police et de sûreté au sens de l'art. 3, al. 2 du Code civil français). Suivant une autre doctrine, la doctrine de la thèse contractuelle, la loi qui régit le contrat de travail doit être considérée comme compétente (Batiffol, Simone David, Niboyet, Perroud, Rouast). Suivant une troisième doctrine, la doctrine de la thèse du risque professionnel (Bartin, Lerebours Pigeonnière, Barthélemy, Raynaud) la loi du siège de l'entreprise doit être appliquée, car, comme Bartin l'explique (Principes, t. II, p. 500), la responsabilité en matière d'accidents du travail n'est ni contractuelle, ni délictuelle et

l'unité du type de risques assumés par l'employeur est commandée par l'unité même de l'entreprise sur laquelle pèsera le passif résultant de ce risque.

Suivant une quatrième doctrine, la doctrine de la « relation de travail ou du statut employeur-employé », qui s'est fait jour récemment aux Etats-Unis, la loi compétente est celle qui a le plus de lien avec la relation de travail.

On voit que les quatre doctrines aboutissent dans la plupart des cas à l'application de la lex loci laboris, car la loi du lieu de l'accident, celle du contrat de travail, celle du siège de l'entreprise et celle qui a le plus de lien avec la relation de travail est la lex loci laboris et si elle ne l'est pas, il y a toujours moyen d'appliquer la lex obligationis, ou, si c'est nécessaire, la clause d'ordre public.

Il faut ajouter à cela qu'en ce qui concerne les problèmes généraux relatifs aux conflits qui se posent dans le droit de la sécurité sociale, on les a rapprochés quelques fois des conflits de nationalités (voir le Rapport cité, p. 160), car comme dans le cas des conflits de nationalités, en matière de sécurité sociale. chaque Etat fixe les critères d'assujettissement et les conditions d'attribution des prestations sans aucune interférence possible d'un législateur étranger et les tribunaux ne semblent iamais avoir, en l'absence de traités, à appliquer en cette matière que la lex fori. Comme il existe des conflits positifs ou négatifs de nationalités, explique le Rapport (pp. 160-161), il peut y avoir en matière de sécurité sociale des cas de doubles contributions ou de doubles prestations et aussi des hypothèses dans lesquelles, par suite de la divergence des législations, des personnes sont exclues du bénéfice de l'assurance ou, assurées, ne peuvent recevoir certaines prestations.

Votre rapporteur est convaincu qu'en matière de sécurité sociale aussi c'est la *lex laboris*, et dans la plupart des cas la *lex loci laboris*, qui doit être considérée comme compétente. Il se réfère aux conventions relatives à l'assurance vieillesse (n° 35 et 36 de 1937), à l'assurance invalidité (n° 37 et 38 de 1933) et à l'assurance décès (n° 39 et 40 de 1933) qui décident, en termes identiques, que

l'assurance des salariés sera régie par la loi applicable au lieu de travail des salariés.

C'est à la même loi qu'avait donné compétence déjà le Projet de convention européenne concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants, adopté déjà par le Comité des experts de sécurité sociale réuni à Genève les 11-13 mars 1957. L'article 12 de cette convention avait décidé que

... les travailleurs salariés ou assimilés occupés sur le territoire d'une partie contractante sont soumis à la législation de cette partie, même s'ils résident sur le territoire d'une autre partie contractante ou si leur employeur ou le siège de l'entreprise qui les occupe se trouve sur le territoire d'une autre partie contractante.

A ce principe, l'article 13 de la convention apportait un certain nombre d'exceptions. La première avait trait au cas des travailleurs avant leur résidence sur le territoire d'une partie contractante et employés pour une période limitée sur le territoire d'une autre partie contractante par une entreprise qui a, sur le territoire de la première, un établissement dont relèvent normalement les travailleurs : ceux-ci restaient soumis à la loi du pays de cet établissement, comme s'ils y avaient en fait été occupés, à condition que la durée probable de leur occupation ne fût pas supérieure à douze mois. La seconde exception concernait le cas assez particulier des travailleurs occupés, sur le territoire d'une partie contractante, par une entreprise ayant son siège sur le territoire d'une partie contractante et qui est traversé par la frontière commune des deux pays en cause : dans ce cas, la loi applicable était celle du pays du siège de l'entreprise. La troisième exception, enfin, avait trait aux travailleurs qui faisaient partie du personnel navigant ou roulant d'une entreprise effectuant des transports ferroviaires, routiers, aériens ou de navigation intérieure. Pour des raisons qui sont communes à tous les transports internationaux, on avait substitué dans ce cas à la loi du lieu du travail celle du siège de l'entreprise (voir le Rapport cité, pp. 42-44).

Aux termes de l'article 14 de la convention, les travailleurs salariés occupés dans des postes diplomatiques ou consulaires ou qui sont au service personnel d'agents diplomatiques et consulaires, sont soumis, en principe, à la loi du lieu du travail, mais s'ils sont ressortissants de la partie contractante représentée par le poste diplomatique ou consulaire en question, ils peuvent opter entre la loi du pays du lieu de leur travail et celle de leur pays d'origine.

L'application de la loi du siège de l'entreprise est consacrée par les différentes conventions relatives à la sécurité sociale des travailleurs des transports internationaux. C'est la solution admise par l'article 13 b) du Projet de convention européenne sur la sécurité sociale des travailleurs migrants. C'est également celle qu'ont adoptée l'article 4 de l'Accord du 27 juillet 1950 concernant la sécurité sociale des bateliers rhénans et l'article 2 de la Convention européenne du 9 juillet 1956 sur la sécurité sociale des travailleurs des transports internationaux. Le Rapport général du deuxième Congrès de droit du travail explique que ces trois textes prévoient que si l'entreprise possède, dans un ou plusieurs pays contractants autres que celui où est établi son siège, une succursale ou une représentation permanente, les travailleurs occupés par celle-ci sont soumis à la loi du pays où se trouve la succursale ou la représentation permanente (pp. 44-45). Toutefois, cette règle est simplement facultative dans l'accord sur les bateliers rhénans, alors qu'elle est obligatoire dans les deux autres conventions. Celles-ci prévoient en outre que, si le travailleur est occupé d'une façon exclusive ou prépondérante sur le territoire d'une partie contractante et qu'il y réside, c'est la loi de ce pays qui est applicable, même au cas où l'entreprise n'y a ni siège, ni succursale, ni représentation permanente.

14. — Quatorzième question. Faut-il étudier les principes du droit du travail concernant la détermination de la loi compétente pour les relations procédurales dans les litiges en matière de droit du travail, ou bien, comme le rapporteur le pense, serait-il préférable de ne pas les analyser dans notre projet de Résolution?

Tous les membres de la Commission partagent l'opinion de votre rapporteur qu'il est préférable de ne pas analyser les principes du droit du travail concernant la détermination de la loi compétente pour les relations procédurales dans les litiges en matière de droit du travail.

Votre rapporteur répète qu'en ce qui concerne le règlement des relations procédurales dans le domaine du droit du travail. il existe des différences fondamentales entre les systèmes juridiques occidentaux et socialistes et également entre les divers systèmes juridiques socialistes. Ces différences sont exposées et discutées par le rapporteur dans ses livres International Civil Procedure. A Comparative Study (A. W. Sijthoff, Leyde 1967) et International Labour Law, A Comparative Survey of the Conflict Rules affecting Labour Legislation and Regulations (A. W. Sijthoff, Leyde, 1968, pp. 383 ss.), ainsi que dans son article publié sous le titre The Basic Connecting Factor in International Cases of Civil Procedure dans le « The International and Comparative Law Quarterly » (1966, pp. 436-456). Dans ces ouvrages, votre rapporteur a essayé de démontrer que, dans la plupart des cas et pour des raisons diverses, c'est la lex fori proceduralis qui doit être appliquée dans le domaine du droit international du travail aussi, mais le principe n'est pas l'application de la lex fori, comme la doctrine dominante dans les pays occidentaux et socialistes le professe, mais l'application de la loi qui a les liens les plus étroits avec la procédure. Il se réfère aux opinions de von Bar, Walker, Walter Wheeler Cook et Niederländer qui ne sont pas partisans de l'application absolue et sans exception de la lex fori processualis et il invoque la règle de Molinaeus diversitas fori non debet meritum causae vitiare, ainsi que le postulat de la réalisation de la Gesetzesharmonie.

15. — Quinzième question. Faut-il aborder dans le projet de Résolution les questions étudiées par les auteurs dans la partie générale des traités sur le droit international privé, par exemple la question préliminaire, celle des qualifications, de l'ordre public, du renvoi, du principe de la Näherberechtigung, de la fraude à la loi, etc., ou bien serait-il préférable, comme le rapporteur le pense, de ne pas les aborder dans le projet, vu qu'elles ont un caractère général et sont discutées par la doctrine dans le cadre de la science du droit international privé?

Tous les membres de la Commission sont d'accord avec votre rapporteur qu'il est préférable de ne pas aborder ces questions, car elles sont discutées par la doctrine dans le cadre de la science du droit international privé.

M. Batiffol partage cette opinion en expliquant que, selon lui, il n'y a pas lieu d'étudier les questions de la partie générale du droit international privé. Si la suite de nos travaux montrait qu'un problème particulier du contrat de travail oblige à prendre parti sur l'une de ces questions générales, notre rapport définitif pourrait le montrer, mais il n'y aurait pas grande chance, et légitimement, que l'Institut prenne parti sur un problème général à propos d'un cas particulier.

MM. Cansacchi, Fragistas, Francescakis, van Hecke, De Nova, Udina, Valladão et de Yanguas Messía sont du même avis.

Seul M. Graveson voudrait discuter la question de la détermination de la loi concernant la qualification des conventions collectives, car celles-ci n'ont pas une qualité légale en droit

anglais et pourraient soulever des difficultés spéciales qui ne sont pas étudiées généralement dans le droit international privé.

MM. Jenks et Schwind n'ont pas abordé cette question.

On voit par ce qui précède que les membres de la Commission sont d'accord à l'unanimité ou à la quasi-unanimité sur les solutions présentées par votre rapporteur en ce qui concerne les questions 1 (règles générales ou projet de convention), 5 (compétence de la lex loci laboris en tant que lex laboris generalis), 10 (validité intrinsèque, effets, interprétation, modalité d'exécution, rupture, et expiration des contrats de travail), 11 (capacité des parties, validité territoriale, validité extrinsèque et intrinsèque, effets et interprétation des conventions collectives), 12 (conflits des conventions collectives), 14 (relations procédurales), 15 (questions générales du droit international privé).

Une forte majorité accepte les solutions proposées en ce qui concerne les questions 6 (les *leges laboris speciales*) et 7 (sécurité sociale, assurances sociales, procédure).

Les opinions sont divisées en ce qui concerne les questions 2 (autonomie du droit international du travail), 3 (distinction entre les règles du droit public et privé), 4 (autonomie de la volonté), 8 (capacité des parties), 9 (assurances sociales).

Votre rapporteur fera dans les questions où son avis a été accepté à l'unanimité, quasi-unanimité ou avec une forte majorité, des propositions fixes et dans les questions où l'opinion des membres de la Commission est divisée, des propositions alternatives.

Budapest, le 10 juillet 1970.

#### V. PROJET PROVISOIRE DE RÉSOLUTION

Considérant qu'un des traits caractéristiques de notre époque, et surtout des années qui ont suivi la seconde guerre mondiale, est le grand nombre de travailleurs étrangers employés dans les usines des grands pays industriels,

Considérant que la détermination de la loi applicable aux relations de travail de ces travailleurs étrangers est un problème pratique très important,

Considérant que ce problème intéresse aussi bien les pays occidentaux que les pays socialistes et les pays en voie de développement,

Considérant que le problème de la détermination de la loi compétente en matière de droit du travail a été déjà étudié par l'Institut de Droit international et a fait l'objet de ses Résolutions de Luxembourg en 1937,

Considérant que par suite des développements nouveaux dans la structure économique, sociale et politique de la Communauté des Etats une nouvelle étude du problème paraît nécessaire.

L'Institut de Droit international émet le vœu de voir les Etats adopter par voie de convention les règles suivantes concernant les conflits de lois en matière de droit du travail :

# Article premier

La capacité des parties dans une relation de travail, notamment la capacité à l'effet de conclure un contrat de travail, est régie par la *lex laboris generalis* ou *specialis* compétente sous réserve des règles prohibitives et de police des législations des pays d'exécution du travail. Néanmoins, la loi personnelle est applicable à la capacité du mineur et de la femme mariée, si une opposition expresse fondée sur leur loi personnelle a été formée par le représentant légal ou le mari.

## (Article premier alternatif)

(La capacité à l'effet de conclure personnellement un contrat de travail est régie par la loi personnelle des parties et la capacité d'exécuter un certain type de travail par la lex laboris generalis ou specialis, les deux lois sous réserve des règles prohibitives et de police de la législation du pays d'exécution.

Un contrat de travail conclu par un étranger incapable d'après sa loi personnelle doit être considéré comme valable, si cet étranger était regardé comme capable d'après la lex loci actus.)

#### Article 2

Le contrat de travail est valable quant à la forme, lorsqu'il est établi suivant la lex laboris generalis ou specialis.

# (Article 2 alternatif)

(Le contrat de travail est valable quant à la forme lorsqu'il est établi en suivant soit la lex laboris generalis ou specialis, soit la lex loci contractus, la loi nationale commune ou la loi du domicile commun des parties.

Toutefois, les dispositions contenant des exigences particulières de forme qui sont en vigueur au pays d'exécution du travail doivent être observées.)

#### Article 3

La validité intrinsèque, les effets, l'interprétation, les causes et les effets de la rupture et l'expiration des contrats de travail, ainsi que les modalités de son exécution, sont régis par la lex laboris generalis ou specialis.

La lex laboris generalis est la lex loci laboris, à savoir la loi du pays où le travail est ou doit être exécuté. Cette loi est compétente lorsqu'une lex laboris specialis n'est pas applicable.

Les lois suivantes sont à considérer comme leges laboris speciales:

- a) dans le cas où le locus laboris se trouve situé sur le territoire de plusieurs Etats et que le travail doit être exécuté en même temps dans plusieurs pays, ou dans le cas où le locus laboris n'est soumis à la souveraineté d'aucun Etat, car il se trouve, par exemple, en haute mer ou dans l'espace céleste, ou dans le cas où le locus laboris ne saurait être déterminé du tout, ou dans le cas enfin où le locus laboris n'est que de nature transitoire, provisoire la lex loci delegationis, la loi du pays du siège de l'entreprise, de l'établissement principal ou accessoire de l'employeur, la loi du pays où l'employeur a son centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique où se trouve son domicile ou sa résidence;
- b) si la relation de travail est relative à la navigation maritime la loi du pavillon; et si elle est relative à la navigation fluviale ou aérienne la loi du pays d'immatriculation; dans le cas, toutefois, où l'exploitation d'un bateau se fait exclusivement hors de l'Etat d'immatriculation la loi du pays dans le domaine fluvial duquel le bateau circule principalement; et dans le cas d'un pavillon de complaisance la loi du siège réel de l'entreprise de la navigation et, faute d'un tel siège stable, la loi nationale de l'armateur;
- c) si le travailleur est un cadre et occupe dans l'entreprise de l'employeur un poste élevé, une position clef la loi du siège de l'entreprise, la loi du pays où se trouve le centre d'activité

industrielle, commerciale ou artistique de l'employeur ou son domicile ou sa résidence; mais si le travailleur est engagé exclusivement pour exercer sa fonction dans un pays donné où il est recruté, y ayant son domicile, et dont il a la nationalité — la loi du domicile et de la nationalité du travailleur;

- d) si le travailleur est un représentant commercial ou un agent d'affaires, un commissionnaire, un placier, courtier, commis voyageur, placeur ou démarcheur ne travaillant pas sur et pour son propre compte la loi du siège de l'entreprise de l'employeur, la loi de son centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique ou de son domicile ou de sa résidence; mais si le lieu principal de l'exécution de son travail peut être déterminé la loi du pays où le travail principal du travailleur est exécuté:
- e) si l'employeur est le chef d'Etat d'un Etat étranger ou une personne bénéficiant de l'immunité diplomatique ou consulaire et si le travailleur est de la même nationalité que l'employeur — la loi nationale commune des parties;
- f) si l'employeur est un Etat étranger ou une autorité étrangère et si le travailleur est de la même nationalité la loi de l'Etat et de l'autorité en question;
- g) si la relation de travail a été établie entre des époux en mariage la loi de leur domicile ou résidence matrimoniale commune :
- h) si le travailleur est un employé de maison rendant des services de nature familiale au patron et s'il est de la nationalité de ce dernier et a été emmené par le patron avec lui à l'étranger pour un séjour temporaire, provisoire la loi nationale commune des parties;
- i) si ni la lex loci laboris, ni aucune des leges laboris speciales ne pouvaient être appliquées — la loi avec laquelle la relation de travail présente le rattachement le plus étroit.

Dans le domaine des lois considérées comme facultatives par la lex laboris generalis ou specialis compétente, les parties peuvent désigner la loi applicable. A défaut de choix exprès ou implicite par les parties, la lex laboris generalis ou specialis est considérée comme compétente.

## (Article 3 alternatif)

(La validité intrinsèque, les effets, l'interprétation, les causes et les effets de la rupture et l'expiration des contrats de travail sont régis par la loi désignée par les parties d'une manière expresse ou implicite, et à défaut d'une telle désignation expresse ou implicite, par la loi du pays où le travail est ou doit être exécuté.

Dans les situations suivantes, faute de désignation par les parties d'une autre loi, les lois ci-après sont compétentes :

- a) dans le cas où le locus laboris se trouve situé sur le territoire de plusieurs Etats et que le travail doit être exécuté en même temps dans plusieurs pays, ou dans le cas où le locus laboris n'est soumis à la souveraineté d'aucun Etat, car il se trouve, par exemple, sur la haute mer ou dans l'espace céleste, ou dans le cas où le locus laboris ne saurait être déterminé du tout, ou dans le cas enfin où le locus laboris n'est que de nature transitoire, provisoire la lex loci delegationis, la loi du pays du siège de l'entreprise, de l'établissement principal ou accessoire de l'employeur, la loi du pays où l'employeur a son centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique, où se trouve son domicile ou sa résidence;
- b) si la relation de travail est relative à la navigation maritime — la loi du pavillon; et si elle est relative à la navigation fluviale ou aérienne — la loi du pays d'immatriculation; dans le cas, toutefois, où l'exploitation d'un bateau se fait exclu-

sivement hors de l'Etat d'immatriculation — la loi du pays dans le domaine fluvial duquel le bateau circule principalement; et dans le cas d'un pavillon de complaisance — la loi du siège réel de l'entreprise de la navigation et, faute d'un tel siège stable — la loi nationale de l'armateur:

- c) si le travailleur est un cadre et occupe dans l'entreprise de l'employeur un poste élevé, une position clef la loi du siège de l'entreprise, la loi du pays où se trouve le centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique de l'employeur ou son domicile ou sa résidence :
- d) si le travailleur est un représentant commercial ou un agent d'affaires, un commissionnaire, un placier, courtier, commis voyageur, placeur ou démarcheur ne travaillant pas sur et pour son propre compte la loi du siège de l'entreprise de l'employeur, la loi de son centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique ou de son domicile ou de sa résidence;
- e) si l'employeur est le chef d'Etat d'un Etat étranger ou une personne bénéficiant de l'immunité diplomatique ou consulaire et si le travailleur est de la même nationalité que l'employeur — la loi nationale commune des parties;
- f) si l'employeur est un Etat étranger ou une autorité étrangère et si le travailleur est de la même nationalité la loi de l'Etat et de l'autorité en question;
- g) si la relation de travail a été établie entre des époux en mariage la loi de leur domicile ou résidence matrimoniale commune;
- h) si le travailleur est un employé de maison rendant des services de nature familiale au patron et s'il est de la nationalité de ce dernier et a été emmené par le patron avec lui à

l'étranger pour un séjour temporaire, provisoire — la loi nationale commune des parties;

i) si ni la lex loci laboris, ni aucune des leges laboris speciales ne pouvaient être appliquées — la loi avec laquelle la relation de travail présente le rattachement le plus étroit.

Quant aux dispositions légales propres au contrat de travail qui restreignent la liberté des contractants ou frappent de nullité certaines clauses, il suffit, pour produire effet, qu'elles se trouvent insérées soit dans la loi du pays où le travail s'exécute ou doit s'exécuter, soit dans des situations particulières, par la loi énoncée à l'alinéa 3 de cet article.

Il en est de même des dispositions relatives à la faculté, pour le patron, d'embaucher du personnel féminin ou des apprentis.

Les modalités d'exécution des contrats de travail sont à apprécier suivant la loi du pays où le contrat est exécuté.

Les règles impératives édictées par l'Etat pour la tutelle du travail et les prévoyances sociales, telles que les assurances obligatoires en faveur des travailleurs, doivent être toujours respectées.

Si les avantages patrimoniaux attribués aux travailleurs par la loi énoncée aux alinéas 1 et 2 de cet article sont plus favorables que ceux conférés par la loi choisie d'une manière expresse ou implicite par les parties, la loi du pays où le travail est ou doit être exécuté, est à appliquer en substitution de cette dernière.)

#### Article 4

La capacité des parties, la validité territoriale, la validité extrinsèque, les effets, l'interprétation, les modalités d'exécution, les causes et les effets de la rupture et de l'expiration de

la convention collective sont régis par la lex laboris generalis énoncée à l'alinéa 2 de l'article 3 ou, dans les situations particulières énoncées à l'alinéa 3 de l'article 3, par la lex laboris specialis, mais si la convention collective limite son application d'une manière expresse aux travaux exécutés exclusivement, soit dans le pays, soit à l'étranger, cette limitation doit être prise en considération.

C'est la loi énoncée au premier alinéa de cet article qui décide la question de savoir si l'employeur ou le travailleur peut exclure l'application de la convention collective ou renoncer aux droits garantis par elle, et jusqu'à quel point les outsiders tombent sous l'effet de la convention collective.

C'est également la loi énoncée au premier alinéa de cet article qui décide si l'employeur privé ou les associations non organisées des employeurs sont autorisés à conclure des conventions collectives, si à cette fin un permis spécial des autorités est nécessaire, et si la convention peut contenir une Organisations- ou Absperrklausel, une Tarifausschussklausel, si des ouvriers non organisés peuvent être employés par l'employeur, si la closed-shop clause est permise.

C'est également la loi énoncée au premier alinéa de cet article qui décide les conflits a) entre plusieurs conventions collectives compétentes, b) entre les contrats de travail individuels et les conventions collectives, et c) entre les leges constituendi (les lois gouvernant l'organisation des usines) et les conventions collectives.

Si la loi du pays d'exécution attribue aux conventions collectives de travail une force obligatoire générale, les contrats individuels qui doivent y être exécutés sont soumis à ce régime, quelle que soit la loi dont ils relèvent en vertu des articles précédents.

Si, au contraire, d'après la loi du pays d'exécution, la force obligatoire de la convention collective est restreinte aux per-

sonnes qui sont parties à cette convention, le contrat individuel de travail relevant d'un droit étranger, n'est pas soumis à cette convention collective.

## (Article 4 alternatif)

(L'alinéa premier est le même.)

C'est la loi d'exécution du travail qui décide la question de savoir si l'employeur ou le travailleur peut exclure l'application de la convention collective ou renoncer aux droits garantis par elle, et jusqu'à quel point les outsiders tombent sous l'effet de la convention collective.

C'est également la loi d'exécution du travail qui décide si l'employeur privé ou les associations non organisées des employeurs sont autorisés à conclure des conventions collectives, si à cette fin un permis spécial des autorités est nécessaire, et si la convention peut contenir une Organisations- ou Absperrklausel, une Tarifausschussklausel, si des ouvriers non organisés peuvent être employés par l'employeur, si la closed-shop clause est permise.

C'est également la loi d'exécution du travail qui décide les conflits a) entre plusieurs conventions collectives compétentes, b) entre les contrats de travail individuels et les conventions collectives, et c) entre les leges constituendi (les lois gouvernant l'organisation des usines) et les conventions collectives.

Si la loi du pays d'exécution attribue aux conventions collectives de travail une force obligatoire générale, les contrats individuels qui doivent y être exécutés sont soumis à ce régime, quelle que soit la loi dont ils relèvent en vertu des articles précédents.

Si, au contraire, d'après la loi du pays d'exécution, la force obligatoire de la convention collective est restreinte aux personnes qui sont parties à cette convention, le contrat individuel de travail relevant d'un droit étranger, n'est pas soumis à cette convention collective.)

### Article 5

Les relations d'assurance sociale sont régies par la lex laboris generalis ou specialis compétente.

Si cette loi est une loi étrangère et détermine les conditions de sa propre application d'une manière différente de la lex loci laboris, ou exclut complètement sa propre application ou ne connaît pas du tout l'institution de l'assurance sociale obligatoire, il faut chercher s'il n'existe pas une obligation de droit civil du côté de l'assureur et on doit appliquer la règle de conflit du droit international privé compétente pour les obligations du droit civil.

Si la loi applicable n'est pas la lex laboris generalis, et cette dernière impose un système obligatoire d'assurance, les dispositions de cette loi ne sauraient être détournées.

Si la lex laboris generalis n'impose pas un système obligatoire d'assurance, il faut appliquer les conditions minimes, les minima standards de la lex fori.

Les principes posés par les conventions de l'Organisation internationale du Travail représentent un standard international qu'il convient de respecter.

Si la lex laboris generalis ou specialis est appliquée, et que suivant celle-ci un temps minimum est exigé pour percevoir une pension, il faut tenir compte de la période de travail réalisée dans le pays étranger.

Si le travail a été exécuté dans plusieurs pays, il faut faire une computation des différentes périodes accomplies et appliquer le principe pro rata temporis.

Il est désirable que les Etats coordonnent leurs régimes nationaux d'assurance sociale par des traités diplomatiques et que, dans ces traités, le domicile du travailleur et la durée de la mission à l'étranger soient pris en considération.

#### Article 6

Il est désirable que l'Etat reconnaisse l'égalité en droits, avantages et garanties des travailleurs étrangers avec les travailleurs nationaux sauf les exceptions d'ordre constitutionnel pour des raisons de sûreté et des hauts intérêts de l'Etat.

### Article 7

En aucun cas, il ne sera fait application des dispositions d'une loi étrangère prévue par les présents articles si leur application est contraire aux bonnes mœurs ou à ceux parmi les principes fondamentaux de la *lex fori* qui, en l'espèce, exigent une application absolue.

### ANNEXE I

## Exposé préliminaire

#### présenté par

## M. Etienne Szászy

1. L'un des traits caractéristiques de notre époque et surtout des années qui ont suivi la seconde guerre mondiale, est le grand nombre de travailleurs étrangers employés dans les pays industriels occidentaux. En Suisse, dans la République fédérale d'Allemagne, en France, dans les pays du Benelux, en Angleterre, aux Etats-Unis, au Canada, dans les pays scandinaves, etc., on trouve partout dans les grandes usines des travailleurs de nationalité italienne, grecque, espagnole, portugaise, turque, yougoslave, etc. La détermination de la loi applicable aux relations de travail de ces travailleurs étrangers est donc un problème pratique très important.

Ce problème intéresse les pays socialistes aussi, car ces pays, surtout l'URSS, envoient des ingénieurs, des techniciens, des ouvriers qualifiés dans les pays en voie de développement.

Il intéresse enfin les pays sous-développés, car ces pays souffrent d'une manière chronique de pénurie de main-d'œuvre qualifiée.

Il faut, toutefois, noter, comme le remarque à juste titre le rapport général préparé par le Bureau international du travail pour le Deuxième Congrès international de droit du travail, tenu à Genève du 12 au 14 septembre 1957, que si la nationalité des travailleurs est le facteur d'internationalisation des rapports de droit le plus évident, elle est loin d'en être le seul : le domicile ou la résidence, le lieu de passation d'un acte, le lieu

d'exécution d'une obligation ou de réalisation d'un fait, sont également susceptibles de faire varier la loi applicable. Dans les relations de travail, tous ces éléments jouent leur rôle et on constate qu'à l'heure actuelle c'est de plus en plus fréquemment qu'ils présentent le caractère d'extranéité qui fait passer le rapport du plan interne sur le plan du droit international (Actes, 1957, p. 315).

2. Le problème de la détermination de la loi compétente en matière de droit du travail a été déjà étudié par l'Institut et a fait l'objet de ses Résolutions de Luxembourg en 1937 (Annuaires, 1936, I, pp. 397 ss., et 1937, pp. 190-220, 248-257, 273-275). Le problème a été discuté au sein de la Vingt-quatrième Commission dont M. de Yanguas Messía était le rapporteur. ensuite sous la présidence du baron Nolde dans les séances plénières du 31 août, et des 1er et 3 septembre 1937. La base des débats était le rapport de M. de Yanguas Messía (Annuaire, 1936, I, pp. 397-430) accompagné des réponses écrites de MM. Audinet (pp. 433-440), Neumeyer (pp. 440-446), Undén (pp. 447-449), Lémonon (pp. 449-452), Mahaim (pp. 453-456), Gemma (pp. 456-460), Donnedieu de Vabres (pp. 461-462) et Poullet (pp. 462-463). Ont pris part à la discussion dans les séances plénières MM. de Yanguas Messía, Mahaim, Gutteridge, Diena, Kosters, Valloton d'Erlach, Dumas, Donnedieu de Vabres, Rostworowski, Fernand De Visscher, Sauser-Hall, Perassi, Yamada, Barbosa de Magalhaes, Basdevant, Raestad, Politis, Borel, Sir Cecil Hurst, Charles De Visscher. Le projet de Résolutions a été adopté à l'unanimité moins onze abstentions (voit Annuaire, 1937, pp. 273-275). Les débats au sein de la Commission et en séances plénières furent très animés et approfondis. L'excellent rapport de M. de Yanguas Messía et les Résolutions votées mettaient en évidence les particularités très marquées du contrat de travail et la nécessité de tenir compte, dans le choix de la loi applicable, de certaines exigences sociales qui lui étaient propres. C'est une lourde succession que reprend votre rapporteur, en proposant de nouvelles Résolutions qu'il considère comme nécessaires par suite des développements nouveaux dans la structure économique, sociale et politique de la communauté des Etats et il compte surtout sur la collaboration active des éminents membres de la Commission pour pouvoir mener cette tâche à bien.

3. En dehors de l'Institut notre problème a été étudié par l'International Law Association lors de sa Conférence de Vienne en 1926 (Report of the 34th Conference: « Blätter für internationales Privatrecht ». « Beilage zur Leipziger Zeitschrift », t. 2, 1927, p. 15. « Revue critique de droit international privé », 1927, p. 315), puis par le Deuxième Congrès international de droit du travail tenu à Genève du 12 au 14 septembre 1957. (Actes du Deuxième Congrès international de droit du travail, Genève, 12 au 14 septembre 1957). Le rapport général de ce congrès avait été préparé par le Bureau international du travail. Les rapports nationaux avaient pour auteurs: MM. Beitzke, pour la République fédérale d'Allemagne, Sharp, pour l'Australie, Bayon et Perez Botija pour l'Espagne, Freyria pour la France, Kahn-Freund pour la Grande-Bretagne, Stuart Rothman pour les Etats-Unis, et Malintoppi pour l'Italie.

Les résultats du congrès ont été commentés d'une manière détaillée dans la Revue critique de droit international privé par Marthe Simon-Depitre (t. 47, 1958, pp. 285 ss.).

On peut encore mentionner le rapport de la quatrième session de la Commission consultative des employés et des travailleurs intellectuels de l'Organisation internationale du Travail (Genève, 1956, p. 85), les Actes du Cinquième Congrès international de droit du travail et de la sécurité sociale, 1966;

un matériel intéressant est réuni sur cette question dans les travaux du *Premier Congrès national de droit du travail et de la sécurité sociale* tenu à Tucumán (Argentine) en avril 1960 (Facultad de Derecho y Ciencias sociales, Universidad nacional de Tucumanis; 1961, t. I, pp. 195 ss.).

Bien que certains de ces textes soient relativement anciens, on peut en tirer des enseignements utiles pour l'élaboration du projet de Résolution de l'Institut.

L'International Law Association a étudié deux projets : le premier traite du contrat de vente, du contrat de « louage de travail » et du contrat de « louage de services ». Il pose des principes communs à ces trois contrats : caractère supplétif des règles du projet, exclusion de son domaine de la capacité et des règles de forme, intervention de l'ordre public. Pour la loi applicable au contrat de travail, c'est la loi du lieu d'exécution qui est retenue, sauf le cas où le lieu d'exécution est indéterminé, soit parce qu'il n'est pas désigné par le contrat. soit parce que le travail ne doit pas s'exécuter dans un lieu fixe. Le texte déclare également qu'il ne s'applique pas au contrat d'engagement du personnel à bord des navires et aéronefs : la question a fait l'objet de l'article 6 du projet de règles sur la condition juridique des navires de commerce par la branche française (revue citée, 1926, p. 123) qui décide que «les rapports de l'équipage et de l'armateur restent soumis à la loi du pavillon, notamment en ce qui concerne les conditions de l'hygiène, la durée du travail et le régime des assurances sociales ».

Les Résolutions de 1937 de notre Institut soumettent, en ce qui concerne les contrats de travail, la capacité des parties à la loi personnelle des parties (celles des mineurs et de la femme mariée à la lex loci executionis, sauf opposition formée par le représentant légal ou le mari); les conditions générales d'existence et de validité du contrat à la lex loci contractus (sauf

pour certaines dispositions légales soumises à la loi du centre d'activité ou de la résidence de l'employeur ou à la lex loci executionis); la validité extrinsèque du contrat à la lex loci contractus (sauf pour les dispositions contenant des exigences particulières de forme soumises à la lex loci executionis); les effets du contrat à la loi désignée par les parties [dans les limites fixées par les dispositions légales mentionnées à l'article 2 des Résolutions] et, dans le silence des parties, à la loi de l'établissement ou de la résidence de l'employeur; l'interprétation du contrat à la loi compétente pour les effets du contrat; les modalités d'exécution à la lex loci executionis; les causes de rupture et leurs conséquences à la loi compétente pour l'interprétation du contrat ; les contrats de travail relatifs à la navigation maritime à la loi du pavillon et ceux relatifs à la navigation fluviale ou aérienne à la loi du pays d'immatriculation (sauf dans certains cas, pour la navigation fluviale, à la loi du pays dans lequel le bateau circule principalement); les rapports de la convention collective et du contrat individuel à la lex loci executionis. Si la loi du pays d'exécution attribue aux conventions collectives une force obligatoire générale, les contrats qui doivent y être exécutés sont soumis à ce régime, quelle que soit la loi à laquelle ils auraient pu être soumis en vertu des autres dispositions du projet. Si, au contraire, d'après la loi du pays d'exécution, la force obligatoire de la convention collective est restreinte aux personnes qui sont parties à cette convention, les contrats individuels soumis à un droit étranger ne sont pas affectés par la convention collective.

4. En ce qui concerne les sources internationales des règles de conflits en matière de droit du travail, on peut mentionner certaines conventions élaborées par l'Organisation internationale du Travail (par exemple les conventions n° 19 de 1925, 35-40 de 1933, les vingt-trois conventions ayant trait au droit

de la mer, la convention n° 64 de 1939, et n° 86 de 1947, etc.); la convention sur les travailleurs frontaliers du 17 avril 1950 signée par les Etats membres du Traité de Bruxelles : l'accord du 27 juillet 1950 sur les bateliers rhénans signé par la Belgique, la France, les Pays-Bas, la République fédérale d'Allemagne et la Suisse; la convention européenne du 9 juillet 1956 concernant la sécurité sociale des travailleurs des transports internationaux : les conventions de Montevideo de 1889 et 1939/40 ratifiées par l'Argentine, la Bolivie, la Colombie, le Pérou, l'Uruguay, le Paraguay ; le Code de Bustamante adopté par la Sixième Conférence panaméricaine de La Havane, le 13 février 1928, et ratifié par Cuba, Panama, la République Dominicaine, le Brésil, le Pérou, le Guatemala, Haïti, Costa Rica, le Nicaragua, le Honduras, le Chili, le Salvador, le Venezuela, la Bolivie et l'Equateur (art. 197, 198); les Conditions générales de livraison, signées en 1958 par l'URSS et les Etats européens de la démocratie populaire, et les Conditions générales signées par les mêmes Etats en 1962 concernant le montage des machines et les équipements livrés, l'entretien et la réparation de ces machines. En dehors de ces conventions multilatérales, de nombreuses conventions bilatérales signées entre les pays occidentaux et entre les pays socialistes contiennent aussi des règles de conflits dans ce domaine.

En ce qui concerne les sources nationales des règles de conflits, sont surtout à mentionner l'alinéa 7 de l'article 8 de l'ancienne loi polonaise abrogée du 2 août 1926 et les articles 32-33 de la nouvelle loi polonaise n° 290 du 12 novembre 1965, les deux sur le droit international privé; l'article 16 de la loi tchécoslovaque n° 97 du 4 décembre 1963 sur le droit international privé et sur la procédure civile internationale; l'article 5 du Code français de la navigation maritime; l'article premier du Seemannsgesetz allemand du 26 juillet 1957; l'article 9 du Code italien de la navigation, l'article 17 de la loi

belge du 5 juin 1928; les articles 4 et 5 du Code de la navigation marchande de l'Union soviétique; l'article 265 du Merchant Shipping Act anglais de 1894; l'alinéa 2 de l'article 418 b de l'Obligationenrecht suisse, et l'alinéa 1 de l'article 3 de la loi suisse du 13 juin 1941 sur les commis voyageurs; l'article 6 de l'Angestelltengesetz autrichien du 11 mai 1921; l'article 59 du Handelsgesetzbuch allemand, l'article 17 du Décret italien n° 1825 du 13 novembre 1924; l'alinéa 5 de l'article 13 du projet autrichien sur le droit international privé de 1913; et le n° 4 de l'article 57 et l'alinéa 4 de l'article 58 du projet hongrois de 1947 sur le droit international privé préparé par le rapporteur.

- 5. La littérature sur ce sujet est assez pauvre. En dehors des ouvrages éminents de Yanguas Messía et de Marthe Simon-Depitre, déjà cités, et des ouvrages généraux de droit international privé et de droit du travail, on doit mentionner surtout les ouvrages importants de Gamillscheg (1959), Balladore Pallieri (3° éd., 1960), Batiffol (1938, 1967), Beitzke (1959), Gemma (1938), Mankio Udina (1951, 1953, 1958, 1964), C. Wilfred Jenks, El Kocheri (1962), O. Kahn-Freund (1965), Kronheim (1938), Lanfranchi (1955), Anaïs Reboul (1964), Rouast (1929), Schnorr von Carolsfeld (2º éd., 1954), Werner Goldschmidt (1966), Perez Leñero (1950), Cansacchi (1962, 1967), Fragistas (1960, 1961), van Hecke (1963-1966), De Nova (1950, 1964), Valladão (1964-1966), Aubert (1957), M. L. Beaulieu (1955), Lyon-Caen (1955), Revillard-Cuilleret (1964), A. Vabre (1923), J. Cardin (1962), J. Doublet (1960), Durand (1952), Freyria (1955).
- 6. Afin de pouvoir former des résolutions au sujet des conflits de lois en matière de droit du travail, il conviendrait de décider des questions suivantes :

Première question: Devrait-on préparer le texte d'un projet de convention multilatérale ou bilatérale ou serait-il préférable que l'Institut émette simplement le vœu de voir les Etats adopter, par voie de convention, certaines règles concernant les conflits de lois en matière de droit du travail?

Le rapporteur opte pour la seconde solution, car le texte des conventions variera forcément suivant les parties contractantes qui doivent tenir compte des circonstances spéciales de la situation. C'est d'ailleurs aussi la solution adoptée par l'Institut à Luxembourg en 1937.

Le projet, en outre, ne devrait viser que les problèmes ayant trait aux conflits de lois, c'est-à-dire du droit formel, abstraction faite du droit matériel, sur lequel nous n'avons pas à nous prononcer, mais dont nous devons seulement constater l'existence sans juger de son contenu.

7. Parmi les problèmes très importants figure la question de savoir si le droit international du travail fait partie du droit international privé ou s'il est un droit indépendant de celui-ci, en d'autres termes si les conflits de lois dans le domaine du droit du travail sont à décider suivant les principes généraux du droit international privé ou suivant des principes particuliers dont la nature juridique et le contenu diffèrent de la nature juridique et du contenu des règles de conflits du droit international privé.

Il ne fait aucun doute que la doctrine dominante veut appliquer dans la partie du droit du travail qu'elle assigne au droit privé, les principes généraux du droit international privé, et dans la partie qu'elle assigne au droit public, le principe de la territorialité de la loi. Le rapporteur ne saurait être d'accord avec la doctrine générale sur ce point. Il est convaincu qu'aussi bien les principes généraux que le contenu et la nature juridique des règles de conflits dans le domaine du droit du travail

diffèrent de ceux du droit international privé, car la capacité des parties contractantes, les conditions extrinsèques et intrinsèques des contrats de travail, leurs effets, leur interprétation doivent être jugés suivant des principes tout à fait différents, ainsi qu'il sera démontré dans la suite.

Le rapporteur est convaincu que le droit du travail possède une autonomie et n'est pas réductible aux catégories traditionnelles du droit civil et du droit public. Par les techniques qu'il met en œuvre, par les préoccupations qui l'animent, le droit du travail est nettement distinct des autres disciplines et la méthode, longtemps pratiquée, qui s'efforçait de ramener aux principes généraux du droit des contrats privés ses institutions originales, est de plus en plus abandonnée par la jurisprudence et la doctrine.

Le rapporteur est convaincu que le droit du travail fait éclater la distinction traditionnelle du droit privé et du droit public, et qu'il ne peut s'y insérer, dans la mesure où, tout à la fois, il emprunte à l'un et à l'autre, et présente des traits qui ne relèvent ni de l'un ni de l'autre.

8. S'il est vrai que le droit international du travail ne fait pas partie du droit international privé, comme le droit du travail ne fait pas partie du droit civil ni du droit public, s'il est vrai que dans le domaine du droit du travail ce ne sont pas les principes et les règles de conflits du droit international privé qui doivent être considérés comme compétents, la question se pose de savoir quelle est la règle de conflit qui doit être considérée en matière de travail comme la règle de conflit générale, la lex laboris generalis applicable, en principe, dans la majorité des cas, et quelles sont les règles qui doivent être considérées comme des règles de conflits spéciales, comme des leges laboris speciales, applicables dans certains cas exceptionnels.

Selon le rapporteur on doit considérer comme règle de conflit générale, comme lex laboris generalis, la lex loci laboris, la loi du pay où le travail doit être exécuté.

Les arguments que le rapporteur peut invoquer à l'appui de sa thèse, sont les suivants :

L'objet des relations sociales régies par le droit du travail est le travail. Il s'ensuit que la loi applicable à ces relations sociales doit être déterminée suivant la fonction économique et culturelle du travail. Or, le travail déploie ses fonctions économiques et culturelles en premier chef, à titre principal, là où le travail est exécuté. La lex loci laboris est la lex loci executionis, et Savigny avait raison quand il expliquait que les parties ont conclu leur contrat avec l'intention de l'exécuter, c'est donc la lex loci executionis qui est la plus compétente pour régir le contrat. Et si c'est vrai pour les contrats de droit civil en général, c'est à plus forte raison vrai pour les contrats de travail qui ne visent pas à l'échange de marchandises, mais à la réalisation de valeurs sociales.

Le travail en tant que procédure technique est la condition de la vie humaine de sorte que, dans un sens, c'est le travail qui crée l'homme lui-même. C'est par le travail que l'homme exerce une influence consciente sur la nature et c'est par lui qu'il met à profit consciemment les objets de la nature pour un but reconnu par lui. Ce but c'est la satisfaction de ses besoins matériels et culturels, la production et la création des biens. Il semble que c'est l'Etat sur le territoire duquel la production et la création des biens ont lieu qui soit en premier lieu et en général compétent pour contrôler les relations de travail.

Mais le travail n'est pas seulement une procédure technique, il est en même temps une relation sociale. Ce caractère social du travail justifie également l'application de la *lex loci laboris*, car le centre de gravité des rapports sociaux entre le travailleur et l'employeur, la personne naturelle ou juridique qui

exploite la capacité de travail du travailleur, se trouve également dans le pays où le travail doit être exécuté.

En outre, la lex loci laboris est la loi qui garantit le mieux le maintien de l'unité du droit du travail et l'analyse de toutes les règles du droit du travail sur la base des principes uniformes.

Le locus laboris est le point de rattachement qui est le plus approprié à la localisation économique du contrat de travail. Les relations de travail sont caractérisées par la subordination organisée et juridique du travailleur à l'employeur, en conséquence de quoi le travailleur est tenu d'observer les instructions de l'employeur. Il s'ensuit que le lieu où l'employeur donne ses instructions, où le travailleur déploie ses activités, où les droits du travailleur naissent, où le contrat devient une réalité, a une importance particulière pour la définition de la loi applicable.

C'est la lex loci laboris qui garantit le mieux que les relations de travail entre employeur et travailleurs appartenant à la même usine soient appréciées par la même loi, par des principes autant que possible uniformes, ce qui a une importance au point de vue de la bonne organisation et, indirectement, de la production de l'usine. On ne peut exiger que l'employeur d'une grande usine, lorsqu'il embauche un travailleur étranger, fasse des recherches juridiques détaillées dans chaque cas pour connaître les règles, peut-être, de plusieurs lois étrangères.

La lex loci laboris, en outre, coïncide, dans la plupart des cas, avec la lex domicilii des parties, la lex patriae de l'employeur et le plus souvent avec la lex loci contractus aussi. Le lieu du travail est dans la plupart des cas le siège du tribunal compétent et c'est un grand avantage pour le juge de pouvoir appliquer la loi de son propre pays, la lex fori qu'il connaît le mieux et qui lui permet d'éviter plus facilement de possibles erreurs dans ses jugements.

Il est très probable que dans la grande majorité des cas ce sont les règles du *locus laboris* que les parties avaient à l'esprit au moment de conclure leur contrat.

L'application de la lex loci laboris présente aussi l'avantage d'éliminer les difficultés qui pourraient surgir lorsque le juge a à délimiter le domaine des règles du droit privé et celui des règles du droit public, vu qu'il serait obligé de déterminer la loi compétente dans les deux domaines sur la base de principes différents.

L'application de la lex loci laboris assure en outre la meilleure protection des intérêts aussi bien du travailleur que de l'employeur, celle aussi de l'intérêt public, de l'économie nationale et la sécurité des transactions.

L'application de la lex loci laboris rend enfin possible que non seulement toutes les relations de travail de tous les travail-leurs de la même usine, mais aussi que tous les éléments d'un seul et même contrat de travail soient régis par la même loi : la capacité des parties, la validité extrinsèque et intrinsèque, les effets du même contrat de travail, les modalités de son exécution, son interprétation, les causes et les effets de sa rupture. L'application de la lex loci laboris permet d'éviter le dépeçage du contrat et rend possible en même temps que non seulement les relations de travail issues des contrats de travail individuels, mais encore les rapports juridiques issus des conventions collectives de travail et des assurances sociales soient régis par la même loi et certaines règles de procédure aussi qui sont applicables dans les litiges du travail.

Le rapporteur peut invoquer un grand nombre de conventions multilatérales et bilatérales qui ont accepté la compétence de la lex loci laboris: par exemple toutes les conventions signées par les Etats socialistes entre eux sur les questions de l'assurance sociale; la convention de Bruxelles du 17 avril 1950 sur les travailleurs frontaliers; les conventions

adoptées par la Conférence de l'Organisation internationale du Travail, mentionnées plus haut.

Le rapporteur peut également invoquer de nombreuses décisions judiciaires en faveur de l'application de la lex loci laboris: par exemple, dans la jurisprudence allemande, les décisions: KG, 23-11-1910; LAG, Berlin, 13 et 24, 1931; RAG, 11-2-1933; RAG, 20-7-1935; LAG, Düsseldorf, 12-7-1956; LAG, München, 16-5-1950; LAG, Stuttgart, 31-3-1955; dans la jurisprudence française les décisions de la Cour d'appel de Paris, 9-10-1962; de la chambre sociale de la Cour de cassation, 5-3-1961; dans la jurisprudence danoise: Tribunal maritime et commercial, 6-8-1958. (Voir le grand nombre des décisions judiciaires dans les ouvrages de Gamillscheg et Rabel.)

La compétence de la lex loci laboris a été adoptée par les lois polonaises sur le droit international de 1926 (al. 7, art. 8) et de 1965 (al. 2, art. 33), par les lois tchécoslovaques de 1948 (art. 46) et de 1963 (art. 16); ainsi que par le projet de loi hongrois de 1947 (al. 4, art. 58). Elle est acceptée en partie par l'International Law Association et le projet de 1937 de l'Institut, ainsi que par de nombreux auteurs (Rabel, Neumeyer, Beitzke, Kaskel-Dersch, Nikisch, Trieschmann, Satter, Hueck-Nipperdey, Baldoni, Niboyet, Lanfranchi, Planiol et Ripert, Werner Goldschmidt, Rouast, Caleb, Batiffol, etc.) et, lors de la session de Luxembourg de l'Institut, par de Yanguas Messía. Undén. Mahaim et Poullet (Annuaire. 1936, I. pp. 411, 448 ss., 456, 462). Elle est approuvée également aux Etats-Unis par le Restatement of the Law Second de l'American Law Institute (Tentative Draft, nº 6 (1960), par. 346/1, p. 141), lequel explique d'une manière décisive dans son Comment (p. 142) que:

the place where under the terms of the contract the services, or a major portion of the services, are to be rendered is the contact that is given the greatest weight in determining the state whose local law governs the validity of the contract and the rights created thereby. This is because the rendition of the services is the principal objective of the contract and therefore its most important aspect. The rule likewise will generally lead to the desirable result of having the same law govern the contracts of all those who work for a single employer in a given place.

#### Le Restatement continue:

The law selected by application of the present rule governs such questions as the duration of the contract, the circumstances under which either party may terminate the contract, the validity of a clause forbidding the employee from entering a business competitive with that of the employer for a stated period after the termination of the employment, and whether the contract of employment must be in writing to be binding.

Contracts for employment aboard a ship sailing the high seas or to serve as travelling salesman in two or more states are unlikely to fall within the scope of the rule. The same is true where the work called for by the contract can be done in any one of two or more states.

Il est vrai que la doctrine exposée ici n'est pas partagée par de nombreux auteurs qui peuvent appuyer leur opinion sur certaines décisions judiciaires. Certains auteurs ont proposé comme lex laboris generalis la loi du siège de l'entreprise, d'autres la lex loci contractus. d'autres encore la lex patriae ou domicilii des parties. Il ne fait pas de doute que ces éléments de rattachement, le lieu du siège de l'entreprise, le lieu de la conclusion du contrat et la nationalité ou la résidence des parties, ont certains avantages au point de vue de la détermination de la loi compétente, mais ces avantages sont paralysés par des désavantages considérables qui militent contre leur application. En effet, le lieu du siège de l'entreprise présente l'avantage de la stabilité, mais l'objection de principe qui peut être faite à la loi du siège de l'entreprise, c'est que le contrat de travail est le plus souvent un contrat d'adhésion et que la loi de la partie qui a élaboré le contrat d'adhésion n'est pas un

facteur général de rattachement. Le lieu de la conclusion du contrat est généralement commun aux deux parties, et est facile à connaître, mais on a souligné avec raison le caractère accidentel du lieu de conclusion. On a fait remarquer à juste titre qu'il tirait surtout sa valeur de sa coïncidence avec d'autres circonstances, telles que le lieu d'exécution ou le domicile d'une des parties. La nationalité ou la résidence des parties. surtout si elle est commune, présente l'avantage qu'elle a souvent pour elle la présomption de volonté tacite des parties, l'idée de la protection par la loi nationale ou du domicile, et le fait qu'elle est connue des parties; mais la protection de l'employé est souvent aussi bien assurée dans le pays où le travail est exécuté, et la lex patriae ou domicilii est très difficile à appliquer lorsque les deux contractants n'ont pas la même nationalité ou la même résidence, ce qui est un cas fréquent, notamment dans les grands pays industriels où l'industrie et l'agriculture emploient une importante main-d'œuvre étrangère. A quelle loi, dès lors, donner la préférence ? La personne même du patron ayant en somme assez peu d'importance, on pense à la loi nationale de l'ouvrier, surtout en tant que loi de protection. Des auteurs anglais préconisent la loi de la résidence du salarié au moment de l'embauchage (Anaïs Reboul, Les contrats de travail en droit international privé, thèse de doctorat polycopiée, Lyon, 1964, p. 77).

Il ne fait pas de doute non plus qu'il existe des situations particulières, dans lesquelles la lex loci laboris ne paraît plus être la loi la plus conforme aux exigences de la vie économique. Mais ces situations sont, de l'avis du rapporteur, des situations exceptionnelles, dans lesquelles la relation de travail doit être jugée non pas par la lex generalis laboris, mais par une lex specialis laboris, laquelle peut être la loi du siège de l'entreprise, la loi nationale ou celle du domicile des parties ou encore la lex loci contractus.

Il faut noter que la Cour de cassation française, dans sa décision Soc. 9-12-1960 (Bulletin civil, 1960, IV, p. 902, nº 1164), a confirmé l'application de la lex loci laboris en énonçant que les dispositions des articles 29 k et suivants du livre Ier du Code du travail, et celles de la loi du 7 mars 1957, étaient des règles d'ordre public dont l'application devait prévaloir sur une clause compromissoire insérée dans un contrat de travail passé par une société étrangère.

9. S'il est vrai que la lex loci laboris est la règle de conflit générale, la lex laboris generalis, la règle de conflit qui devrait être appliquée dans le domaine du droit du travail dans la grande majorité des cas, quelles sont alors les lois qui devraient être considérées comme leges laboris speciales applicables dans des cas exceptionnels?

Selon le rapporteur, les lois suivantes devraient être considérées comme leges laboris speciales :

- a) dans le cas où le locus laboris se trouve situé sur le territoire de plusieurs Etats et que le travail doit être exécuté en même temps dans plusieurs pays, ou dans le cas où le locus laboris n'est soumis à la souveraineté d'aucun Etat, car il se trouve, par exemple, sur la haute mer ou dans l'espace céleste, ou dans le cas où le locus laboris ne saurait être déterminé du tout, ou dans le cas enfin où le locus laboris n'est que de nature transitoire, provisoire la lex loci delegationis, la loi du pays du siège de l'entreprise, de l'établissement principal ou accessoire de l'employeur, la loi du pays où l'employeur a son centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique où se trouve son domicile ou sa résidence :
- b) si la relation de travail est relative à la navigation maritime — la loi du pavillon; et si elle est relative à la navigation fluviale ou aérienne — la loi du pays d'immatriculation; dans

le cas toutefois, où l'exploitation d'un bateau se fait exclusivement hors de l'Etat d'immatriculation — la loi du pays dans le domaine fluvial duquel le bateau circule principalement:

- c) si le travailleur est un cadre et occupe dans l'entreprise de l'employeur un poste élevé, une position clef la loi du siège de l'entreprise, la loi du pays où se trouve le centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique de l'employeur ou de son domicile ou de sa résidence;
- d) si le travailleur est un représentant commercial ou un agent d'affaires, un commissionnaire, un placier, courtier, commis voyageur, placeur ou démarcheur ne travaillant pas sur et pour son propre compte la loi du siège de l'entreprise de l'employeur, la loi de son centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique ou de son domicile ou de sa résidence;
- e) si l'employeur est le chef d'Etat d'un Etat étranger ou une personne bénéficiant de l'immunité diplomatique ou consulaire et si le travailleur est de la même nationalité que l'employeur — la loi nationale commune des parties;
- f) si l'employeur est un Etat étranger ou une autorité étrangère et si le travailleur est de la même nationalité la loi de l'Etat et de l'autorité en question;
- g) si la relation de travail a été établie entre des époux en mariage la loi de leur domicile ou résidence matrimoniale commune;
- h) si le travailleur est un domestique rendant des services de nature familiale au patron et s'il est de la nationalité de ce dernier et a été emmené par le patron avec lui à l'étranger pour un séjour temporaire, provisoire la loi nationale commune des parties;

i) si ni la lex loci laboris, ni aucune des leges laboris speciales ne pouvaient être appliquées — alors en tant que dernier remède, la lex loci contractus.

Ad a) Dans les cas mentionnés sous le point a), la règle de conflit générale, la lex loci laboris ne pouvant pas être appliquée, c'est la lex loci delegationis, la loi de l'établissement de l'employeur, du siège de l'entreprise, qui doit être considérée comme compétente, car dans ces cas, le travail à exécuter à l'étranger ne saurait être considéré économiquement comme un travail indépendant, un travail complètement détaché de l'établissement, de l'entreprise, du centre d'activité de l'employeur, mais comme le « rayonnement » (Ausstrahlung) de la relation de travail établie dans le pays de l'entreprise. Dans ces cas, la relation de travail se développe momentanément, mais non essentiellement, dans un ressort juridique autre que celui applicable à l'entreprise. C'est dans le cadre de l'entreprise que naissent et s'exécutent les relations de travail. Cette solution, la théorie du « rayonnement », qui a pour elle l'avantage de la stabilité, a été adoptée par la jurisprudence du Reichsarbeitsgericht (jugements du 23-11-1929 : 1-4-1931 : 21-12-1932) : par l'arrêt du 9-11-1959 de la Cour de cassation française (Revue critique, 1960, p. 566); par les Commissions d'arbitrage près les Chambres de commerce dans les pays socialistes, par exemple la sentence du 3 janvier 1958 de la Commission Tchécoslovaque (Clunet, 1962, p. 460); par l'arrêt de la Cour d'appel de Pau du 28-2-1922 (Clunet, 1922, p. 406); par les arrêts de la Cour d'appel de Paris (21-11-1895; 16-3-1925) et du Tribunal de commerce de la Seine (26-7-1934); par plusieurs auteurs (Nussbaum, Lautner, Beitzke, Simon-Depitre, etc.); par le point 5 de l'article 23 de la loi tchécoslovaque de 1948; par l'alinéa premier de l'article 16 de la loi tchécoslovaque de 1963 (sauf stipulation contraire des parties et domicile du travailleur dans le pays où le travail est exécuté); par le paragraphe premier de l'article 33 de la loi polonaise de 1965. lorsque le travail était, devrait être ou est à effectuer dans l'entreprise de l'employeur; par l'alinéa 2 de l'article 2, et l'alinéa premier de l'article 4 du projet de 1937 de l'Institut : par la loi française du 15 mai 1926 sur les conflits interprovinciaux; par l'article 80 nouveau du livre IV du Code du travail français, qui la consacre en droit interne. La solution proposée ici par le rapporteur a été acceptée par les conventions sur les transports internationaux (par exemple, par l'Accord du 27 juillet 1950 sur la batellerie rhénane, art. 4); la Convention européenne de sécurité sociale des travailleurs des transports internationaux (art. 2); par les conventions sur l'assurance sociale (par exemple, toutes les conventions signées entre les pays socialistes, ou l'alinéa premier de l'article 5 de la Convention italo-allemande du 5 mai 1953, etc.).

Il faut noter que la loi du siège de l'entreprise de l'employeur ne saurait être appliquée, car on n'est pas ici en présence d'un « rayonnement » de la relation de travail localisée au siège de l'entreprise, lorsque l'employeur a embauché le travailleur uniquement pour le travail à effectuer à l'étranger (décision du Reichsarbeitsgericht du 1-7-1931) ou lorsque le travailleur effectue un travail de nature permanente dans une succursale ou une filiale de l'entreprise considérée comme indépendante (décision du Reichsarbeitsgericht du 23-11-1929).

Ad b) L'application de la loi du pavillon ou du lieu d'immatriculation du navire ou de l'aéronef est généralement reconnue par la doctrine, de sorte que le juge Jackson déclarait dans l'affaire Lauritzen v. Larsen que (the application of the Law of the Flag was) « perhaps the most venerable and universal rule of maritime law relevant to our problem » (345.US.571/584). Son application est consacrée par l'ali-

néa 2 de l'article 16 de la loi tchécoslovaque de 1963, l'alinéa 2 de l'article 16 de la loi polonaise de 1965, l'article 7 du Code italien de navigation, l'article 5 du Code français de navigation du 13 décembre 1926, l'article 4 a du Code soviétique de navigation marchande du 14 juillet 1929, l'article 265 du British Merchant Shipping Act de 1894. Il ne fait pas de doute que c'est la loi du pavillon qui apparaît comme ayant le plus de titres à s'appliquer aux conditions de travail maritime. C'est en effet à l'Etat du pavillon qu'est reconnue l'autorité sur le navire, même quand celui-ci se trouve dans les eaux territoriales étrangères et, corrélativement, c'est cet Etat qui est responsable internationalement des obligations imposées au navire. C'est à lui qu'il appartient de réglementer la discipline à bord, et les conditions du travail ne sauraient être détachées de cette discipline. Il est à présumer que les parties ont entendu se reporter à cette loi pour les questions relatives au contrat d'engagement des gens de mer. C'est la loi qui permet d'éviter un conflit entre le statut réglementaire du pavillon et la loi du contrat, qui assure la cohésion du personnel embarqué et l'homogénéité du travail à bord. C'est elle enfin qui correspond à la loi du lieu d'exécution du travail, à la lex laboris generalis.

Il est vrai que l'application de la loi du pavillon a elle aussi des inconvénients. C'est la question des pavillons de « complaisance », qui peut être la source des difficultés. Dans la littérature, à une époque récente, l'on a mis en évidence les dangers que peut faire courir aux gens de mer l'immatriculation du navire dans un pays qui n'exercerait pas d'une façon effective le contrôle nécessaire ou dont les standards seraient par trop inférieurs à ceux des pays traditionnellement maritimes. Mais, ainsi que le rapport général présenté au Deuxième Congrès international de droit du travail le remarque (Actes, p. 366), la substitution à la loi du pavillon de la loi du siège de l'entreprise ne résoudrait pas tous les problèmes,

car si certains navires naviguent sous des pavillons de complaisance, certaines sociétés ont des sièges fictifs et il est au moins aussi facile de transférer un siège social que le pavillon d'un navire. Une modification des règles de compétence législative apparaît en soi comme insuffisante pour résoudre ce problème et, d'autre part, il est possible de prévoir, comme le fait, par exemple, la législation allemande, que par le biais du transfert de pavillon des obligations supplémentaires ne puissent pas être unilatéralement imposées à l'équipage (Seemannsordnung, par. 1er, rapport national allemand; Actes, pp. 403-404).

Ad c) L'application de la loi du siège de l'entreprise au contrat de travail des cadres, des travailleurs occupant un poste élevé, une position clef dans l'entreprise semble justifiée, même dans le cas où les autres conditions mentionnées de l'application de la lex loci delegationis font défaut, par le fait que le cadre est le représentant de l'entreprise vis-à-vis des ouvriers travaillant dans un autre pays. Il est souvent déplacé, transféré d'un pays à l'autre, et il ne serait pas opportun de faire dépendre la détermination de la loi compétente de ses déplacements. En outre, le pays du siège de l'entreprise est généralement aussi le locus contractus. La loi du siège de l'entreprise est appliquée, d'ailleurs, dans ces conditions, par une iurisprudence assez ancienne surtout en Allemagne occidentale (voir les jugements: RG, 16-3-1895; OLG München, 5-4-1909; LAG, Berlin, 13-5-1931; LAG, Hamburg, 22-3-1947; LAG, Hannover, 17-10-1947; LAG, Stuttgart, 16-12-1947; LAG, Berlin, 27-9-1951. Contra: Bundesarbeitsgericht, 5-5-1955, et Kammergericht, 16-12-1957 et 13-2-1958) et elle est considérée comme compétente par de nombreux auteurs (Gamillscheg, Beitzke, Rabel, Schnorr von Carolsfeld, Kahn-Freund, Adler-Höller, Reboul, etc.).

L'application de la loi du siège de l'entreprise aux cadres a surtout une grande importance au point de vue des pays en voie de développement. La plupart des Etats qui ont récemment accédé à l'indépendance sont à peu près dépourvus de cadres. Ils font donc appel aux pays riches qui exportent leurs techniciens, leurs ingénieurs. Mais la trésorerie de ces jeunes Etats connaît parfois des difficultés et il est primordial d'assurer aux travailleurs la protection de leurs gains. Les espèces sont, de plus, compliquées par le fait que le cadre ne traite pas directement avec l'Etat étranger, mais reste le salarié d'une entreprise travaillant pour le compte de celui-ci. D'une façon générale, on peut dire que pour les cadres, le lieu du siège de l'entreprise fixe la loi applicable au contrat de travail (voir Reboul, op. cit. p. 99).

Ad d) Si le travailleur est un représentant commercial ou un agent d'affaires, un commissionnaire, un placier, un courtier, un commis voyageur ou démarcheur et s'il est un commercant travaillant sur et pour son propre compte, la lex laboris generalis, la lex loci laboris doit être appliquée; mais s'il ne travaille pas sur et pour son propre compte, la loi du siège de l'entreprise de l'employeur doit être appliquée, car le travailleur doit être considéré comme un cadre, un travailleur occupant un poste plus élevé. Cette thèse est adoptée par une partie de la jurisprudence dans les pays occidentaux (aux Pays-Bas: Rechtbank, Amsterdam, 9-1-1952, et Rotterdam, 12-6-1953; Tribunal contonal de Tilburg, 13-7-1939; en Angleterre: Arnott v. Redfern, et Rousillon v. Rousillon; en Allemagne: OLG, Hamburg, 21-5-1889; RG, 1-12-1911; RG, 8-1-1929; OLG, Hamburg, 4-6-1930; LAG, Berlin, Ruben n° 238.239.242); elle est adoptée par le point f, alinéa 2, de l'article 10 de la loi tchécoslovaque de 1963, et par plusieurs auteurs (Batiffol, Gamillscheg, Würdinger, Rabel, Beitzke, Dicey-Kahn-Freund, etc.). Il faut noter, toutefois, que beaucoup de décisions judiciaires appliquent dans ce cas la lex loci laboris (Cour suprême autrichienne, 18-5-1933; GR, 11-10-1893; OLG, Hamburg, 26-6-1909 et 16-7-1936; Reichsarbeitsgericht, 26-11-1940 et 4-6-1932, 7-4-1937; Tribunal fédéral suisse, 18-9-1934 et 25-10-1939; Amsterdam, 2-12-1938 et 30-6-1905; Prager v. Blatspiel Stamp & Heacock, 1924, 1.K.B.566, Athen 6798/51), ou la lex loci contractus (Cour suprême autrichienne, 13-3-1931, 28-5-1931, 12-2-1935), ou la lex patriae commune (OLG, Hamburg, 30-10-1902, 24-2-1919; RG, 22-10-1929; Bundesgerichtshof, 19-3-1956). Le point 1 du paragraphe premier de l'article 27 de la loi polonaise de 1965 considère comme compétente la lex domicilii du commissionnaire et du courtier.

Ad e) Si l'employeur est le chef d'Etat d'un Etat étranger ou une personne bénéficiant de l'immunité et des privilèges diplomatiques ou consulaires ou encore une personne dépendant de ces derniers, et si le travailleur est de la même nationalité que son employeur, l'application de la loi nationale commune semble justifiée par le fait que la protection de l'immunité et des privilèges du chef d'Etat ou du diplomate ou du consul est mieux assurée dans ce cas par l'application de la lex patriae communis que par l'application de la lex loci laboris. Suivant le rapporteur, cette loi doit être considérée comme compétente même dans le cas où les indemnités ou les privilèges diplomatiques ou consulaires ne s'étendent pas à la personne du travailleur ou ne reviennent pas de droit, dans le cas concret, à l'employeur non plus.

La compétence de la loi nationale commune dans des cas pareils a été reconnue par la jurisprudence allemande (*Reichsarbeitsgericht*, 1-3-1933 et 21-12-1932, pour les employés de la représentation commerciale de l'Union soviétique à Berlin)

et par certains membres de l'Institut (Lémonon, Audinet, Mahaim) à Luxembourg et Schnorr von Carolsfeld dans la littérature.

La loi de la représentation diplomatique ou consulaire est considérée comme compétente par de nombreuses conventions conclues entre les Etats socialistes sur la coopération en matière de politique sociale, par exemple, par les conventions conclues par la Hongrie avec la Pologne le 14-2-1959 (art. 6), la Tchécoslovaquie le 30-1-1959 (art. 6), la Yougoslavie le 7-10-1957 (art. 4), la République démocratique allemande (DDR, al. 2, point a, art. 4), la Bulgarie le 30-6-1961 (art. 5), la Roumanie le 7-9-1961 (art. 10), l'URSS le 20-12-1962 (art. 12). Voir également les conventions sur le même sujet signées entre l'Union soviétique, d'une part, et la Tchécoslovaquie (11-12-1959), la DDR (24-5-1960), la Roumanie (24-12-1960) et la Hongrie (20-12-1962), d'autre part ; les conventions signées par la Tchécoslovaquie avec la Pologne (5-4-1948), la Bulgarie (1-4-1949, 25-1-1957), la DDR (11-9-1956), la Roumanie (2-5-1957), la Hongrie (30-1-1959), et les conventions signées par la DDR avec la Roumanie (28-4-1957), la Pologne (13-7-1957), la Bulgarie (20-2-1958), etc.

Ad f) Si l'employeur est un Etat étranger ou une autorité publique étrangère, et si le travailleur est de la même nationalité que son employeur, la compétence de la loi de l'employeur est justifiée par le fait que l'Etat et ses autorités publiques jouissent d'une immunité procédurale et sont exempts de la juridiction de l'Etat territorial. De plus, suivant certains auteurs socialistes (par exemple, Lunz et Bogouslavsky), ils sont exempts non seulement de la juridiction des tribunaux, mais aussi de la compétence de la loi matérielle de fond de l'Etat territorial. Et comme l'Etat seul est compétent pour déterminer qui doit être considéré comme son sujet, son ressortissant,

lui seul est compétent aussi pour dire qui doit être considéré comme son employé et sous quelle condition. Cette thèse a été acceptée par le numéro 4 de l'article 8 de l'ancienne loi polonaise du 2-8-1926 et par certains auteurs (Neumeyer, Kronheim, Soergel-Kegel, Szászy, Droit international privé comparé, 1940, pp. 577 et 578). Il faut, toutefois, remarquer que la compétence de l'Etat ou de l'autorité n'est pas adoptée par une partie de la jurisprudence allemande (voir : LAG, Düsseldorf, 12-7-1956, et Hamburg, 11-8-1951) ni par certains auteurs (Gamillscheg, Rabel, etc.).

Ad g) Une relation de travail peut être établie entre deux époux, ce qui arrive souvent en Suisse et en Suède par exemple. L'application à ces relations de la loi de leur domicile ou de leur résidence matrimoniale commune semble justifiée par le fait que ces relations se rattachent étroitement aux rapports du droit matrimonial. Cette loi, dont la compétence a été étudiée dernièrement par certains auteurs (Rouast en 1962, Revillard-Cuilleret et Anaïs Reboul en 1964), a l'avantage de faire coïncider, dans la majorité des cas, les différentes lois de police et de sûreté qui s'appliquent impérativement sur le territoire du domicile matrimonial des époux avec la loi applicable aux relations de travail entre les époux.

Ad h) Dans le cas où le patron emmène avec lui à l'étranger pour un séjour temporaire, provisoire, un domestique qui lui rend des services de nature familiale et si ce domestique est de la même nationalité que le patron, la compétence de la loi nationale commune des parties paraît justifiée par le fait que le domestique vit dans le cadre de la famille; il s'y intègre, de sorte qu'on peut présumer qu'il accepte la loi et les usages de cette famille et que la loi du chef de famille lui est applicable. Si le domestique n'est pas de la nationalité du patron ou si le patron s'installe avec sa famille dans un pays étranger pour un

séjour prolongé, la relation de travail du domestique devra être appréciée par la lex laboris generalis, la lex loci laboris, car dans ce cas le ménage doit se plier aux lois et coutumes locales. Il faut, toutefois, remarquer que la thèse proposée ici est adoptée par certains auteurs (par exemple par A. Reboul) et refusée par d'autres (par exemple par El Kocheri et Lyon-Caen).

Ad i) La lex loci contractus, de l'avis du rapporteur, ne devrait être appliquée en tant que lex laboris que dans le cas où ni la lex loci laboris ni aucune des leges speciales laboris ne pourraient être appliquées. Cette loi a le désavantage, inter absentes, de rendre le locus contractus difficilement déterminable (mailbox theory, Empfangstheorie) et c'est la loi qui a les moindres attaches avec la relation de travail. La jurisprudence allemande lui attribue une très petite importance (voir les décisions judiciaires RAG, 20-7-1935; LAG, Frankfurt, 23-12-1935, mais LAG, Berlin, 15-2-1932; OLG, Dresden, 25-1-1907; OLG, München, 5-4-1909), mais la jurisprudence des pays de langue latine et des pays anglo-saxons (Arnott v. Redfern [1825] 2 Car. & P. 88, per Best, C. J.) et la jurisprudence des pays socialistes (voir l'art. 566 du nouveau Code civil soviétique de 1964) la favorisent beaucoup, surtout si la lex loci contractus coïncide avec la lex loci laboris. Elle a été défendue au cours de la session de l'Institut à Luxembourg par Mahaim et Audinet, et les alinéas premiers de l'article 2 et de l'article 3 des Résolutions ont reconnu sa compétence pour la détermination des conditions générales d'existence et de validité intrinsèque et extrinsèque du contrat de travail. Son application est approuvée par le paragraphe 342 du Restatement et la Rule 158 de Dicev-Morris [7me édition] (mais voir Restatement of the Law Second, Tentative Draft, n° 6 et 7, par. 151 a et par. 332-332 b), ainsi que par de nombreux auteurs (Foelix, Despagnet, Laurent, Weiss, etc.) et dans le cas où les parties sont de nationalité différente, par l'arrêt du 14 juin 1957 de la Cour de cassation italienne aussi (Clunet, 1961, p. 832).

10. Le droit international du travail doit-il être divisé en deux parties: une partie appartenant au domaine du droit civil et une autre appartenant au domaine du droit public? En d'autres termes les mêmes règles de conflits doivent-elles être appliquées dans les deux parties ou des règles différentes doivent-elles être appliquées dans la partie relevant du droit privé et dans celle relevant du droit public?

Il est bien connu que dans la doctrine continentale occidentale on fait une distinction nette entre le droit public et le droit privé. Cette distinction n'est pas connue dans les pays anglosaxons de common law, et n'est pas adoptée par la doctrine des pays socialistes non plus. Cette dernière considère le droit du travail comme une branche de droit unifiée, uniforme, homogène, qui ne doit pas être divisée en droit public d'une part et droit civil de l'autre.

Suivant le rapporteur, si l'on accepte la lex loci laboris comme règle de conflit générale, ce que le rapporteur propose, la division du droit du travail en deux parties devient superflue et, en conséquence, les mêmes règles de conflits peuvent être appliquées dans le domaine qui est considéré comme appartenant au droit public et dans le domaine qui est considéré comme appartenant au droit privé. Si on accepte la lex loci laboris comme règle de conflit générale, qui s'applique dans la grande majorité des cas, le juge appliquera dans la plupart des cas la loi du for ; s'il applique une loi étrangère, il appliquera aussi les lois qui sont considérées par la doctrine dominante dans les pays continentaux occidentaux comme des règles de droit public, pourvu que ces lois ne soient pas

contraires à l'ordre public du for. La clause d'ordre public assure une protection suffisante contre les règles étrangères ayant un caractère de droit public, si ces règles sont considérées comme dangereuses par la *lex fori*, ou pour certaines règles de la *lex fori* qui exigent une application absolue.

Si on accepte cette solution, on évite les difficultés qui résultent de la délimitation des domaines du droit public et du droit privé. On évite également les difficultés qui concernent la détermination de la règle de conflit compétente en matière de droit public (voir les doctrines opposées de Morelli, Karl Neumeyer, Rabel, Wolff, Mezger, Wengler, Zweigert, Kegel, Gamillscheg, etc.). On n'est enfin pas forcé de définir d'une manière différente la lex laboris suivant les cas où le travail est exécuté dans le pays du for ou à l'étranger, et les cas où la lex privata laboris est la loi du for ou celle du pays étranger. Il ne faut pas accepter non plus la doctrine compliquée et incertaine de Gamillscheg qui veut faire appliquer le noyau de droit privé de la règle de droit public, le privatrechtlichen Kern de la lex publica étrangère, ainsi que sa doctrine du « droit privé subjacent », doctrine d'une saveur trop « métaphysique ».

L'excellent rapport national allemand préparé pour le Deuxième Congrès international de droit du travail (Actes, pp. 404-406) démontre bien que, pour toute une série de questions, les opinions divergent sur le point de savoir dans quelle mesure elles relèvent du droit public du travail ou du droit privé des relations de travail et si, de ce fait, la loi applicable est à déterminer d'après les principes régissant les conflits de lois en matière de droit public ou d'après ceux qui régissent le droit privé.

a) On se demande, par exemple, où l'on doit ranger l'ensemble du droit relatif aux conseils d'établissements (statut juridique des conseils d'établissements)?

- b) En ce qui concerne les prescriptions relatives au licenciement, il faut distinguer suivant la doctrine allemande, selon leur nature juridique : la protection générale en cas de licenciement (par. 13 de la loi du 10 août 1951) et la protection des employés ayant une certaine ancienneté prévue par la loi du 9 iuillet 1926, ressortissent au droit privé et sont régies d'après la loi qui gouverne la relation de travail de droit privé. La protection contre le congédiement, prévue pour les membres des conseils d'établissements, et les dispositions spéciales concernant les licenciements massifs sont un élément de l'organisation de l'économie et s'appliquent à tous les établissements ayant leur siège en Allemagne. De même, suivant la doctrine allemande, les prescriptions relatives au congédiement des invalides, prévues par la loi du 16 juin 1953, et qui constituent le complément de l'obligation relative à l'embauchage des invalides, sont, en raison de leurs liens avec le statut des établissements, applicables à tous les établissements avant leur siège en Allemagne, sans égard à la loi applicable aux contrats de travail. Cependant, en vertu du paragraphe premier, alinéa 3 de la loi, les étrangers et les apatrides ne sont protégés qu'exceptionnellement. Les prescriptions relatives au congédiement qui figurent dans la loi sur la protection de la maternité appartiennent à la réglementation de la protection du travail qui a un caractère de droit public et assure la protection de toute mère dont le lieu de travail se trouve en Allemagne. Mais ces prescriptions peuvent également, d'après la nature de la protection qu'elles assurent, prétendre être applicables aux lieux de travail à l'étranger d'entreprises allemandes et aux relations de travail qui sont gouvernées par la loi allemande.
- c) On n'est pas d'accord sur le caractère de droit public des dispositions légales sur les congés et sur le fait de savoir si elles sont applicables à toutes les relations de travail mises en

œuvre en Allemagne. L'opinion prédominante les considère comme relevant du droit privé et on doit estimer de ce fait que c'est la loi privée régissant la relation de travail qui doit également être appliquée en matière de congés.

- d) Les restrictions relatives à la saisie-arrêt des salaires ressortissent de par leur nature au droit relatif aux mesures d'exécution. C'est le lieu de l'exécution de la saisie-arrêt vis-à-vis de l'employeur qui est déterminant, et non pas la loi applicable au contrat de travail ou la loi du domicile du travailleur, qui, d'ailleurs, ne détermine pas non plus le montant du salaire dans le cas des frontaliers.
- e) Les demandes d'indemnités intentées par le travailleur contre l'employeur en cas d'accidents de travail qui, dans la jurisprudence de certains pays, jouent un rôle non négligeable, n'ont pas occupé les tribunaux du travail ou les tribunaux ordinaires allemands au cours des dernières décennies. La raison en est qu'en droit allemand, l'essentiel de ces questions relève du droit des assurances sociales. C'est ainsi que, dans une très large mesure, le droit allemand de l'assurance accidents est applicable aux relations d'emploi ayant leur centre de gravité en Allemagne et exclut presque complètement les recours contre l'employeur, étant donné que celui-ci verse les contributions à l'assurance accidents : seules les demandes fondées sur une faute intentionnelle sont autorisées, lorsqu'une condamnation pénale est intervenue. Cette exclusion des demandes de caractère privé s'applique aussi aux accidents indemnisés en vertu du droit allemand de l'assurance accidents, lorsque la relation de travail (éventuellement par suite d'un accord entre le travailleur et l'employeur) est régie par la loi étrangère, ou lorsque l'accident se produit à l'étranger (par exemple en cas de travaux de montage effectués à l'étranger)

de sorte que la loi étrangère serait applicable aux demandes de caractère pénal (en tant que lex loci delicti commissi).

11. Une autre question discutée par la doctrine concerne la délimitation du domaine du droit du travail, la détermination des matières auxquelles s'applique le droit du travail. La doctrine soviétique et celle des autres pays socialistes considèrent comme relevant du droit du travail, en dehors des questions ayant trait à la validité extrinsèque, intrinsèque et les effets des contrats de travail individuels et des conventions collectives, les questions de la Sécurité sociale, les règles avant pour objet la réglementation des assurances sociales et celles concernant la réglementation des litiges en matière de droit du travail. La doctrine occidentale récente, par contre, ne voit dans le droit du travail que « l'ensemble des règles juridiques applicables aux relations individuelles et collectives qui naissent entre les employeurs privés — ou assimilés — et ceux qui travaillent sous leur autorité, à l'occasion de ce travail » (Rivero et Savatier, Droit du travail, 1956, p. 4), Elle ne considère donc pas comme relevant du domaine du droit du travail les questions concernant la Sécurité sociale, les assurances sociales et les règles procédurales ayant trait à la solution des litiges en matière de droit du travail. Du point de vue des matières auxquelles s'applique le droit du travail, le trait caractéristique dans la doctrine occidentale, est la récente évolution qui en a détaché le droit de la Sécurité sociale, qui n'en constituait originairement qu'une branche. Cette dissociation est née de l'extension de la Sécurité sociale à des catégories de population beaucoup plus larges que celles des travailleurs subordonnés soumis au droit du travail, et, d'autre part, du caractère original des problèmes juridiques de la Sécurité sociale. D'autres institutions, primitivement liées au droit du travail, tendent de même à le déborder largement : c'est le cas de la

grève, du syndicalisme. Elles ont, dans cette perspective, évoqué la naissance d'un droit de l'activité professionnelle, distinct du droit du travail, et beaucoup plus large que lui (P. Durand, Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle, D. S., 1952, p. 437).

Le rapporteur pense que si l'on accepte la lex loci laboris comme lex generalis laboris, il semble préférable d'englober dans le domaine du droit du travail les règles de la Sécurité sociale, les règles réglementant les assurances sociales et les règles procédurales ayant pour objet les litiges en matière de travail aussi, car on évite de cette façon les difficultés considérables qui résultent de la séparation, de la disjonction des domaines du droit du travail et du droit de la Sécurité sociale.

C'est donc la lex loci laboris qui doit être considérée, et qui est généralement considérée dans les conventions et dans la jurisprudence, comme la lex generalis laboris aussi bien dans le domaine du droit de la Sécurité sociale que dans celui du droit du travail proprement dit.

12. Faut-il admettre dans le domaine du droit du travail le principe de l'autonomie de la volonté, et si oui, dans quelles limites?

On sait que le problème de l'autonomie de la volonté est un problème très discuté dans la doctrine en droit international privé. Les opinions des auteurs occidentaux et socialistes diffèrent quant à la nature juridique du droit des parties de choisir la loi compétente : les uns, partisans de la doctrine dite objective (expression employée par Nussbaum), voient, dans la stipulation par les parties de la loi compétente, le contenu d'un acte juridique, la définition indirecte des effets juridiques de l'acte en question, donc une institution du droit civil substantiel ou matériel; les autres, partisans de la doctrine dite subjective, y voient une circonstance, un point de rattachement,

donc une institution du droit des conflits de lois. Selon la doctrine objective le droit des parties de choisir la loi compétente ne s'étend qu'au domaine des lois facultatives; selon les partisans de la doctrine subjective il couvre aussi le domaine des lois impératives.

Ces mêmes problèmes se présentent dans la science du droit du travail. Ici, la question discutée est de savoir si l'autonomie de la volonté des parties doit être ou non exclue complètement du domaine du droit du travail, et si elle n'est pas exclue complètement, dans quelles limites? Les auteurs qui assignent le droit du travail à la sphère du droit public (Niboyet, Caleb. Baldoni, les auteurs italiens d'entre les deux guerres mondiales) voudraient l'exclure complètement; par contre, les auteurs qui veulent appliquer aux rapports du travail les principes du droit international privé (Gamillscheg, Simon-Depitre, Anaïs Reboul, Wahle, Lautner, Schwind, Richard, Monaco, Morelli, etc.) sont favorables à la doctrine subjective. et voudraient étendre le droit des parties de choisir la loi compétente aux règles impératives aussi, mais en le limitant à la partie du droit du travail qui appartient au domaine du droit privé. Les anciennes lois polonaise de 1926 sur le droit international privé et tchécoslovaque de 1948 avaient adopté la doctrine objective, alors que les lois polonaise de 1965 (art. 25), tchécoslovaque de 1963 (art. 9) et les « Principes fondamentaux » du droit civil soviétique de 1961 (art. 126), ainsi que le Code soviétique de la navigation marchande (art. 5), ont adopté la doctrine subjective. Cette dernière peut être considérée à l'heure actuelle comme dominante dans la science et la jurisprudence aussi bien occidentales que socialistes.

Pour l'opinion dominante dans les pays socialistes, voir les explications intéressantes de Lunz (*Internationales Privat-recht*, vol. I, 1961, pp. 166 ss.) et de Pereterski et Krylov

(Lehrbuch des IPR, 1962, p. 125). Ces derniers auteurs penchent vers la doctrine objective.

Comme le rapport général préparé pour le Deuxième Congrès international de droit du travail (Actes, pp. 345-348) le remarque, pour écarter l'autonomie de la volonté, les auteurs ont fait valoir le caractère particulier de la législation du travail en droit interne. Pour certains auteurs (par exemple Plaisant) « le contrat de travail s'intègre dans le vaste ensemble que constitue la législation du travail, il est devenu l'actecondition qui détermine l'application d'un statut légal ». D'autres (par exemple Lanfranchi) ont fait valoir que le contrat de travail constituait le plus souvent un contrat d'adhésion et qu'il était par conséquent nécessaire d'assurer la protection morale et sociale du travailleur par l'application impérative de la loi territoriale. Baldoni, Bassano, et d'autres auteurs italiens, ont fait valoir que l'existence des conventions collectives de travail conduisait nécessairement à soumettre à la loi territoriale les contrats individuels conclus dans le cadre des conventions collectives, et cela, que l'on considère la convention collective comme un acte productif de normes juridiques ou seulement comme donnant naissance à des rapports de droit. Le caractère de droit public de l'ensemble de la législation du travail ferait ainsi sortir le contrat de travail du cadre des rapports contractuels de droit privé et la règle de conflit serait en conséquence celle qui est applicable aux rapports de droit administratif: compétence exclusive à l'intérieur des frontières et compétence strictement territoriale.

Sont hostiles à la doctrine subjective une partie de la doctrine américaine (Beale, Goodrich, Stumberg, etc.), la doctrine suisse (Schnitzer), la doctrine et la jurisprudence aux Pays-Bas (van Brakel, Mulder, Kollewijn).

Certains auteurs ont fait une autre tentative aussi pour soustraire le contrat de travail à la loi d'autonomie dans les rapports internationaux, en affirmant que le droit du travail, dans son ensemble, était une matière d'ordre public (voir la théorie exposée dans le rapport national italien, *Actes*, pp. 479-480).

Entre les deux opinions extrêmes, celle qui exclut complètement l'autonomie de la volonté du domaine du droit du travail et celle qui adopte la doctrine subjective susmentionnée, il existe une troisième doctrine, laquelle n'exclut pas complètement le principe de l'autonomie et n'adopte pas non plus la thèse de la doctrine subjective, mais reconnaît l'autonomie des parties dans le domaine des règles facultatives. Cette doctrine est suivie par Pillet, Audinet, Rouast, Planiol et Ripert, etc.

Le rapporteur pense que c'est cette dernière doctrine qui devrait être adoptée. Il admet que la volonté humaine joue un rôle aussi grand dans la conclusion du contrat de travail que dans la conclusion de tout autre contrat. Il admet également que cette volonté demeure essentielle au moment de la rupture. Mais il est d'avis que le contrat de travail passe de la phase contractuelle à la phase institutionnelle en ce sens que la volonté des parties a de moins en moins d'importance; dans la mesure où cette volonté se retire, l'autonomie se retire aussi, puisqu'elle a pour point de départ la volonté.

Le rapporteur partage le point de vue de Batiffol qui déclare que, lorsque la loi réglemente dans le détail le contrat de travail, elle entend viser tout travail exécuté dans le pays, et les parties ne sauraient rejeter telle ou telle règle sous prétexte que le contrat est soumis à une loi étrangère, notamment parce qu'il a été conclu à l'étranger. Le seul fait que la réglementation ne s'applique pas seulement au contrat de travail, mais à toute relation de travail, caractérise le système. Le droit contemporain tend à placer le travailleur dans une situation légalement définie, et l'ensemble de ce statut légal doit s'imposer

à tout travail exécuté dans le pays. Nous retrouvons là l'idée tenace de territorialité du droit du travail.

Le rapporteur pense qu'il faut constater qu'une conception libérale du contrat de travail est en voie de disparition dans l'ordre interne, parce qu'elle conduit à des abus d'autant plus faciles que le contrat met en présence le plus souvent deux parties de force inégale. Tant sur le plan interne que sur le plan international, la détermination du contenu du contrat de travail ne peut plus être l'œuvre des deux volontés contractantes seulement.

Le rapporteur serait donc partisan de la doctrine objective et ne reconnaîtrait l'autonomie de la volonté des parties que dans le domaine des règles qualifiées de facultatives par la lex loci laboris ou la lex specialis laboris.

L'adoption de la doctrine subjective aurait pour résultat l'application du principe de l'autonomie de la volonté seulement dans le domaine du droit du travail relevant du droit privé, la difficulté étant alors, ainsi que nous l'avons mentionné, de délimiter les domaines du droit du travail relevant du droit privé et du droit public respectivement (voir les observations de Yanguas Messía dans l'Annuaire, 1936, pp. 436 ss.).

Les arguments invoqués en faveur de la doctrine subjective par les auteurs en droit international privé sont ici peu convaincants. Il est entendu qu'il faut protéger le travailleur contre l'exploitation de la part de l'employeur, mais l'adoption de la doctrine subjective n'assure pas cette protection, car le travailleur est dans une position inférieure vis-à-vis de l'employeur de sorte que le premier ne pourra pas toujours stipuler l'application de la loi qui lui est la plus favorable. Il faut protéger le travailleur souvent contre sa volonté aussi. En outre, ce ne sont pas seulement les intérêts du travailleur qu'il faut protéger, mais également les intérêts de l'employeur et de l'économie nationale. Or, ces intérêts sont mieux protégés si

l'on écarte les conséquences de la doctrine subjective. Comme nous l'avons dit, il est désirable, dans l'intérêt de l'économie nationale, que l'unité de l'usine soit maintenue et que les rapports juridiques des divers travailleurs ne soient pas appréciés selon des lois différentes.

13. En ce qui concerne la conclusion des contrats de travail, faut-il apprécier la capacité de l'employeur et du travailleur d'après les principes de droit international privé ou bien d'après des principes spéciaux différents?

Dans la doctrine dominante dans les pays occidentaux et socialistes, la capacité de jouissance et d'exercice de l'emploveur et du travailleur sont régies par la loi applicable à la capacité en vertu des principes généraux du droit international privé. La seule différence - soutiennent les auteurs occidentaux - c'est qu'il faut écarter en ce domaine le droit commun applicable aux actes patrimoniaux des incapables. en considérant que le contrat de travail concerne la personne de l'incapable plutôt que son patrimoine. Il en résulte que, selon les auteurs occidentaux, on doit exiger le consentement personnel du mineur au contrat — contrat qui ne pourra donc pas être passé par le représentant de l'incapable - mais on doit exiger aussi que ce dernier ne puisse agir sans le consentement, au moins tacite, du titulaire de la puissance paternelle, qui a vocation à gouverner la personne de l'enfant (Rivero et Savatier, op. cit., p. 317).

En ce qui concerne les femmes mariées, suivant ces auteurs, le mari est en droit de s'opposer au travail salarié de sa femme hors du foyer, comme à toute autre profession séparée.

A l'égard de l'employeur, le contrat de travail présente un caractère exclusivement patrimonial, puisqu'il ne nuit pas à l'indépendance de la personne. Il faudra, selon les auteurs, appliquer le droit commun des incapacités.

La doctrine des pays socialistes fait une distinction entre la capacité générale civile de jouissance et d'exercice de l'employeur et du travailleur, d'une part, et la capacité de l'employeur d'embaucher des travailleurs et la capacité du travailleur d'accepter un emploi, d'autre part. Ces capacités — soutiennent les auteurs socialistes — sont régies par la lex fori.

L'Institut, dans ses Résolutions de Luxembourg, voulait faire régir la capacité à l'effet de conclure un contrat de travail par la loi personnelle de chacune des parties, sous réserve des règles prohibitives et de police de la législation du pays d'exécution. La lex loci executionis devrait être applicable — selon l'Institut — à la capacité du mineur et de la femme mariée tant qu'une opposition expresse, fondée sur leur loi personnelle, n'a pas été formée par le représentant légal ou le mari.

Le rapport général préparé pour le Deuxième Congrès du travail de Genève, de 1957, explique que pour la capacité, on admet en général qu'elle est, comme pour les autres contrats. soumise à la loi personnelle de chacun des contractants ; toutefois, à ce sujet, quelques précisions sont nécessaires. On a constaté que les contrats de travail étaient très souvent conclus par des incapables, notamment des mineurs, et que l'on se heurterait à des difficultés pratiques considérables si l'on voulait appliquer strictement les dispositions de la loi nationale, dans le cas, par exemple, où les parents sont à l'étranger ou si l'on a perdu leur trace. La nécessité dans laquelle l'intéressé se trouve de gagner sa vie conduit à admettre en fait qu'il y a consentement tacite de ses représentants légaux, à défaut d'autorisation formelle et cela tant qu'une opposition ne s'est pas manifestée. La même situation peut se produire pour la femme mariée, dans la mesure où elle est encore incapable, en cas d'abandon du mari ou de séparation de fait. De la pratique libérale existant dans de nombreux pays, faut-il conclure le rapport pose la question — qu'il y a lieu d'abandonner la compétence de la loi personnelle pour une règle plus conforme aux nécessités quotidiennes? On l'a contesté en faisant remarquer que si les considérations de nécessité peuvent conduire à appliquer provisoirement la loi locale dans le cas où l'on se trouverait dans l'impossibilité pratique de conclure un contrat de travail, la loi nationale devrait reprendre toute sa vigueur au moment où une opposition formelle du mari ou du père, d'après la loi nationale de la famille, ferait tomber la présomption de leur consentement tacite.

Il faut remarquer d'autre part, continue le rapport, que même sans abandonner le principe de la compétence de la loi personnelle, les différents systèmes de droit international privé permettent des aménagements : en France, on évoque la possibilité de faire intervenir la théorie de l'intérêt national et d'appliquer, en matière de contrat de travail, la solution consacrée par l'arrêt Lizardi; en Allemagne, il est admis par l'article 7, alinéa 3, du BGB qu'un étranger est, dans le pays, tenu pour pleinement capable dès lors qu'en vertu de la seule loi allemande, il est reconnu pour tel et cette disposition est applicable en matière de contrat de travail : la même solution est admise en Italie sur la base de l'article 17 du Code civil. On se souviendra, d'autre part, qu'en droit anglo-saxon, la capacité de conclure un contrat ne fait pas partie du statut personnel. elle est rattachée à la loi du contrat et la loi du lieu de conclusion du contrat a été appliquée à propos du contrat de travail dans un cas de conflit entre le droit anglais et le droit écossais. Le fait que le problème, important sur le terrain des principes, n'ait donné lieu, en Europe continentale, à aucune décision judiciaire, montre que la pratique suivie a permis de résoudre le problème sans difficultés majeures.

Il faut signaler, d'autre part, que, dans certaines législations, la conclusion d'un contrat de travail par l'employeur est considérée comme un acte de commerce et qu'on applique alors à la capacité de l'employeur la loi compétente pour la conclusion des actes de commerce si elle est différente de celle qui est applicable à la capacité civile.

Le rapporteur pense que ni la capacité générale de jouissance, ni la capacité générale d'exercice du travailleur et de l'employeur, ni la capacité spéciale de l'employeur d'embaucher des travailleurs, ni la capacité spéciale du travailleur d'accepter un emploi ne devraient être régies par les principes généraux du droit international privé, donc, en principe, par la loi personnelle (lex patriae ou lex domicilii) des parties ou la lex loci contractus, mais par la lex causae, c'est-à-dire dans la grande majorité des cas, par la lex loci laboris et, dans certains cas particuliers, par la lex laboris specialis compétente. La raison en est que les points de vue que le juge doit prendre en considération en droit du travail ne sont pas les mêmes que les points de vue dont le juge devrait tenir compte en droit international privé. L'uniformité et la permanence de la loi applicable à la capacité indépendamment du lieu où le contrat a été conclu ou sera exécuté, ce qui justifie l'application de la loi personnelle en matière civile, n'a pas la même importance ici. Ce qui est important en droit du travail, c'est que l'employeur ne soit pas obligé de rechercher la loi personnelle de ses employés, que la capacité de tous les travailleurs de la même usine soit appréciée par la même loi. Il ne serait pas désirable non plus d'obliger les travailleurs à faire des recherches pour se renseigner sur la loi personnelle de l'employeur. En outre, le contrat de travail est au fond une trading transaction et ces trading transactions sont appréciées dans beaucoup de pays, on l'a vu, par la lex loci.

Ainsi la lex loci laboris était adoptée aussi, sinon en principe, du moins dans la plupart des cas, par l'Institut en 1937 et appuyée d'une manière expresse par Neumeyer (Annuaire, 1936, I, p. 440). Seuls Mahaim, Donnedieu de Vabres, Poullet

et Undén se sont prononcés pour l'application de la lex patriae (ibid, pp. 434, 440, 454 ss., 461, 462) alors que Lémonon se prononçait pour l'application de la lex loci contractus (ibid, p. 450). Audinet avait proposé l'application de la règle de conflit énoncée à l'alinéa 3 de l'article 7 de la loi d'introduction du Code civil allemand, ce qui signifie dans la plupart des cas l'application de la lex loci laboris. Garcia Oviédo avait démontré à juste titre que « l'application stricte de la loi personnelle déterminerait d'énormes difficultés dans la pratique». Des mineurs abandonnés, affirma-t-il, des mineurs à la charge de parents qui ne se préoccupent pas de leurs enfants, des femmes mariées séparées de leur mari sans une sentence judiciaire de divorce ... toutes ces situations et bien d'autres semblables, accumuleraient des difficultés considérables pour la formation d'un contrat, d'où, le plus fréquemment, dépend la satisfaction d'un besoin vital et péremptoire. D'autant que la disparition de l'apprentissage, l'instabilité d'un grand nombre de familles ouvrières et maintes autres circonstances, empêchent l'employeur dans chaque cas concret, de connaître le véritable état civil de celui qui offre ses services (ibid, p. 416).

Il faut noter enfin que la lex loci laboris est dans la plupart des cas la lex domicilii du travailleur et de l'employeur et elle est généralement aussi la lex loci contractus.

En ce qui concerne la capacité des parties à l'effet de conclure un contrat de travail, la seule exception qu'on pourrait faire, de l'avis du rapporteur, à l'application de la lex loci laboris en faveur de la reconnaissance de la compétence de la loi personnelle de chacune des parties, c'est le cas où le contrat a été conclu par un mineur ou une femme mariée et où le représentant légal ou le mari a formé une opposition expresse fondée sur la loi personnelle. Dans ce cas, la loi personnelle du mineur ou de la femme mariée peut être considérée comme

compétente, ce qui est conforme aux dispositions du projet de l'Institut adopté à Luxembourg (al. 2, art. 1).

14. En principe, le contrat de travail n'est soumis à aucune condition de forme pour sa validité, et les formalités de preuve qui seraient exigées légalement sont elles-mêmes souvent écartées par la pratique. Mais, pour la protection de certains salariés, la loi a parfois exigé que le contrat soit passé par écrit. C'est ainsi que, dans certains pays occidentaux, par exemple en France, le contrat de travail des marins de la marine marchande, du personnel navigant de l'aéronautique civile, des représentants de commerce, des médecins, etc., n'est valable que s'il est constaté par écrit. De même, dans les pays socialistes, pour la protection des travailleurs, la loi exige également quelquefois des formalités particulières.

La doctrine dominante considère comme compétente pour les conditions de forme du contrat de travail, comme pour la validité extrinsèque des contrats de droit civil en droit international privé, la lex loci contractus, soit d'une manière impérative, soit combinée avec la lex causae, la lex obligationis, d'une manière facultative.

Certains auteurs, comme Gamillscheg, soutiennent que la règle locus regit actum ne saurait être considérée comme compétente que dans la partie du droit du travail appartenant au droit privé; dans la partie appartenant au droit public, par contre, les prescriptions de forme du droit interne seraient applicables dans les limites qu'elles s'assignent. Selon ces auteurs, les prescriptions du droit étranger, si le locus laboris est à l'étranger et la lex laboris est la loi interne, devraient être appliquées en tenant compte de leur but social.

Le projet de l'Institut de Luxembourg acceptait en principe l'application de la lex loci contractus, mais il reconnaissait que les dispositions concernant les exigences particulières de

forme devaient être appréciées suivant la loi du pays d'exécution, donc la lex loci laboris (art. 2).

Le rapporteur est d'avis que la règle locus regit actum, qui est l'une des solutions, très peu nombreuses, sur lesquelles existe en droit international privé une unité de vues générale, semble justifiée dans le domaine des contrats de droit civil par l'idée qu'il faut favoriser et faciliter la conclusion des affaires et que l'application de la lex loci contractus est la plus pratique de ce point de vue. Or, cette idée n'a pas la même importance en matière de droit du travail, car ici, le but principal du législateur n'est pas de faciliter et de favoriser la conclusion des transactions, mais de donner à la forme une fonction plutôt protectrice : celle de rendre difficile l'acte qui peut léser le travailleur. Elle ne poursuit qu'à un moindre degré les fins qu'on lui reconnaît dans les autres matières juridiques, surtout celle de faciliter la preuve. Est-il admissible qu'une relation de droit français puisse être dissoute par congé verbal, à l'occasion d'un voyage en Suisse ou en Allemagne du patron ou de l'ouvrier, parce que ces pays n'exigent aucune forme pour le congé, alors que le Code du travail français demande une lettre recommandée avec accusé de réception? On pourrait même envisager le cas où l'employeur seul séjourne en Allemagne et donne congé à son salarié par téléphone. Telle serait pourtant la solution correctement déduite du principe de l'application de la règle locus regit actum. En pratique, le problème se posera surtout pour les voyageurs, représentants, placiers, quittant la maison mère pour de longs mois, et traitant par correspondance avec leur employeur (voir Reboul, op. cit., p. 127).

Le rapporteur pense, comme il l'a remarqué déjà, qu'il ne faut pas faire une distinction entre la partie du droit du travail régie par les principes du droit privé et la partie régie par les principes du droit public, car cela serait contraire au principe de l'unité, de l'homogénéité du droit du travail qui devrait être assurée autant que possible. Il pense que les conditions de forme du contrat de travail ne devraient pas être appréciées selon la règle locus regit actum, mais par la lex laboris, c'està-dire par la lex loci laboris dans la majorité des cas et par les leges laboris speciales dans certains cas particuliers. Cette solution aurait le grand avantage d'assurer l'unité de la loi applicable, car la même loi régirait la capacité des parties, la validité intrinsèque et extrinsèque et les effets des contrats de travail.

15. La question de la détermination de la loi applicable aux conditions générales d'existence, aux conditions de fond, à la validité intrinsèque, à la nullité du contrat de travail est très contestée tant dans la doctrine des pays occidentaux que socialistes.

Dans le domaine du droit du travail, les cas de nullité sont fréquents. Ils se rattachent à la fois au droit commun des contrats (vices du consentement, incapacité, objet illicite ou immoral de la convention) et à la législation du travail. Pourtant, la nullité est rarement prononcée, car il est plus simple de recourir à la résiliation.

La doctrine dominante considère comme compétentes, ici aussi, les règles de conflits du droit international privé, à savoir la lex obligationis. Cette lex obligationis est la loi choisie par les parties et dans le silence des parties, selon certains auteurs, la loi nationale commune des parties, selon d'autres la lex loci contractus ou la lex loci executionis. Selon certains auteurs (par exemple Rouast, Caleb) l'idée qui préside dans le domaine du droit du travail à la détermination de la loi compétente, c'est la protection du salarié; suivant d'autres (Batiffol), c'est l'intérêt public, car ces règles sont édictées

moins dans un but de protection du contractant que dans un but de sécurité des transactions.

Selon l'article 2 du projet de l'Institut adopté à Luxembourg, les conditions générales d'existence et de validité du contrat de travail sont régies par la lex loci contractus. Quant aux dispositions légales, propres au contrat de travail, qui restreignent la liberté des contractants ou frappent de nullité certaines clauses, il suffit, suivant le projet, pour produire effet, qu'elles se trouvent insérées, soit dans la loi du pays où l'employeur a son centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique ou sa résidence, soit dans la loi du pays où s'exécute le travail. Il en est de même des dispositions relatives à la faculté pour le patron d'embaucher du personnel féminin ou des apprentis.

Le rapporteur serait opposé ici aussi à l'application des règles de conflits générales du droit international privé, vu la nature particulière du contrat de travail. Il serait également opposé à l'application de la loi d'autonomie, car les règles réglementant les conditions générales d'existence, la validité intrinsèque des contrats de travail sont des règles impératives et la loi choisie par les parties ne devrait pas s'étendre, ainsi que nous l'avons expliqué, au domaine des règles impératives en matière de travail. Enfin il serait opposé à l'application de la lex patriae et de la lex loci contractus car à son avis. comme la capacité des parties et la validité extrinsèque de l'acte, la validité intrinsèque doit être appréciée d'après la lex laboris, donc dans la plupart des cas d'après la lex loci laboris et, dans certains cas exceptionnels, d'après les leges laboris spéciales. C'est la loi qui correspond le mieux à la nature iuridique du contrat de travail, vu que le centre de gravité du rapport juridique né d'un contrat de travail se trouve, dans la plupart des cas, dans le pays où le travail est exécuté et dans certains cas exceptionnels dans le pays dont la loi est la lex specialis laboris. C'est la loi qui assure le mieux la protection du salarié et de l'intérêt public, ainsi que la sécurité des transactions.

Il faut noter, en outre, suivant le rapporteur, que les effets de la nullité, ainsi que Rivero et Savatier le remarquent à juste titre (op. cit., p. 326), comme dans tous les contrats à exécution successive où les prestations de l'une des parties ne sont pas sujettes à répétition (société, bail), jouent davantage pour l'avenir que pour le passé. Le contrat nul doit cesser de s'exécuter, et la partie qui en refuse l'exécution pour l'avenir ne peut être condamnée à aucune indemnité. Mais la prestation de travail fournie avant l'annulation est un fait sur lequel on ne peut revenir. La relation de fait ayant existé entre les parties produit les effets suivants:

- a) l'employeur ne peut écarter ses obligations légales en matière d'organisation du travail (horaires, périodes de repos, hygiène et sécurité) en se prévalant de la nullité du contrat de travail :
- b) en matière de rémunération du travail, les salaires déjà versés ne seront pas restitués par le salarié. Ceux qui n'ont pas été payés pourront être réclamés par le travailleur, sauf dans le cas où, la prestation de travail ayant été illicite ou immorale, l'action en paiement de salaire serait déclarée irrecevable par application de la maxime: nemo auditur propriam turpitudinem allegans:
- c) en matière de Sécurité sociale, la nullité du contrat de travail ne prive pas le salarié de ses droits aux prestations d'assurances sociales, d'accidents du travail ou d'allocations familiales (Rivero et Savatier, op. cit., p. 326).
- 16. En ce qui concerne le problème de la lésion dans le domaine du droit du travail, il se trouve des auteurs qui la

considèrent comme un vice de consentement et d'autres qui la considèrent comme un défaut d'objet. Certains auteurs (par exemple Rouast et Caleb) voient dans cette institution à la fois une mesure de protection du salarié et de l'intérêt public et voudraient voir appliquer la lex patriae de l'ouvrier et la lex loci executionis. D'autres auteurs justifient l'application de la loi nationale du travailleur par l'argument que c'est la loi nationale que le travailleur connaît le mieux. D'autres encore veulent appliquer la loi du contrat. Il existe enfin des auteurs (Lyon-Caen) qui estiment qu'on ne peut invoquer la lésion dans le contrat de travail. Il ne fait pas de doute que l'on trouve des situations qui se rapprochent de la lésion objective. la prohibition du marchandage en matière de travail, par exemple, ou le contrat exploitant d'une manière choquante la gêne de l'ouvrier. Il s'agit souvent des lois de police impératives rattachées au droit pénal, de sorte que la compétence de la lex generalis ou specialis laboris semble justifiée de tous les points de vue.

De plus, comme Anaïs Reboul le remarque à juste titre, la loi nationale n'est pas forcément plus protectrice; le fait même de l'immigration du salarié ne prouve-t-il pas qu'il n'est pas satisfait des conditions de travail dans son pays?

Enfin, dernière objection, pourquoi le salarié connaîtrait-il mieux sa loi nationale en matière de travail, alors qu'il s'agit d'une réglementation très particulière et que seuls les spécialistes connaissent à fond, plutôt que la loi de son domicile, sur laquelle il peut se renseigner facilement? A notre avis, la protection de la loi nationale reste illusoire, et elle est un obstacle à l'intégration d'un groupe d'étrangers dans la communauté nationale (Reboul, op. cit., p. 113).

17. Les effets du contrat de travail et l'interprétation du contrat, ainsi que les modalités de son exécution devraient

être également régis, dans l'opinion du rapporteur, par la lex laboris generalis ou specialis compétente. La même loi devrait être considérée comme compétente pour régir les causes de rupture de jure et celles prévues par les parties, ainsi que les conséquences de la rupture, la durée des engagements (la règle qui prohibe l'engagement à vie ou pour une durée inadmissible), la cessation du contrat de travail et les rapports postérieurs du contrat (clauses de non-concurrence, dispositions relatives au paiement du salaire après le congédiement, la remise des pièces justificatives au travailleur, la garantie au travailleur du temps libre pour chercher un nouvel emploi).

Les articles 4, 5 et 6 du projet de l'Institut présenté au cours de la session de Luxembourg contiennent des règles de conflits qui diffèrent des règles de conflits exposées ici, mais dans une certaine mesure eux aussi assignent un champ d'application assez vaste à la lex loci laboris surtout en ce qui concerne les modalités d'exécution du contrat de travail et les causes de sa rupture.

Il faut noter que l'application de la lex loci laboris à l'interprétation du contrat de travail est admise même par les auteurs qui sont partisans de l'application, dans le domaine du droit du travail, du principe de l'autonomie de la volonté et qui expliquent que l'interprétation du contrat de travail diffère très peu de celle des autres conventions, car elle reste dominée par la loi générale du contrat et les règles de bon sens énumérées dans les codes civils. Ces auteurs reconnaissent aussi que l'interprétation du contrat de travail comporte une particularité: si les deux parties n'ont fixé leur accord que sur certains points du futur contrat, sur le salaire par exemple, sans régler les modalités techniques du travail, comme la durée journalière, l'interprétation du contrat devra s'inspirer alors, même selon ces auteurs, des usages professionnels du lieu d'exécution, qui s'imposeront même si le contrat de travail

comme tel est soumis à une loi autre que celle du lieu d'exécution.

18. En ce qui concerne les conventions collectives, le projet de l'Institut présenté à Luxembourg ne mentionne que les rapports entre la convention collective et le contrat individuel de travail qu'il considère comme gouvernés par la lex loci laboris. Si la loi du pays d'exécution attribue aux conventions collectives de travail une force obligatoire générale, les contrats individuels qui doivent y être exécutés sont soumis, suivant le projet, à ce régime, quelle que soit la loi dont ils relèvent en vertu des articles précédents. Si, au contraire, d'après la loi du pays d'exécution, la force obligatoire de la convention collective est restreinte aux personnes qui sont parties à cette convention, le contrat individuel de travail relevant d'un droit étranger n'est pas soumis à cette convention collective (art. 8).

De l'avis du rappporteur, il faut étudier séparément les questions a) de la validité territoriale, b) de la nature juridique des conventions collectives, puis les questions ayant trait à la détermination de la loi applicable c) à la capacité des parties, d) à la validité extrinsèque, e) à la validité intrinsèque et f) aux effets des conventions collectives. De même, il faut étudier séparément les conflits entre deux ou plusieurs conventions collectives, les conflits entre les contrats de travail individuels et les conventions collectives, et les conflits entre les leges constituendi (les lois gouvernant l'organisation des usines) et les conventions collectives.

Ad a) En ce qui concerne la validité territoriale des conventions collectives, certains auteurs (Kaskel, Friezler, Simi, etc.) et certaines décisions judiciaires (Reichsgericht, 25-5-1932) voudraient appliquer celle des conventions collectives qui dans

son ensemble est la plus favorable au travailleur. D'autres auteurs et décisions (note sous la décision de la Cour de cassation, 8-12-1938, Gazette du Palais, 1939, p. 253) voudraient appliquer d'une manière cumulative les deux conventions collectives en conflit en tenant compte des dispositions des deux conventions qui sont les plus favorables au travailleur. Selon une troisième opinion (Cour de cassation française, 21-5-1959). il faut prendre en considération la coutume locale aussi. Suivant une quatrième opinion (Cour de cassation, 10-7-1959), la convention collective qui doit être considérée comme compétente est celle à laquelle se réfère le contrat de travail des parties. Dans une cinquième opinion (Cour de cassation, 9-11-1959, affaire Lautier v. Carton), les employés délégués par l'employeur à une filiale ou à une succursale à l'étranger sont régis par la convention collective initiale en vigueur dans l'établissement principal, à l'exception des travailleurs embauchés sur place dans le pays de la succursale ou de la filiale. Dans une sixième opinion (Gamillscheg, Borowski, Nussbaum, Reichsgericht, 20-2-1929; Gewerbegericht Lübeck, 15-12-1926; LAG, Berlin, 11-11-1929), la convention collective étend ses effets au locus laboris étranger (Ausstrahlungstheorie), pourvu que le contrat de travail individuel ne soit pas gouverné par une loi étrangère. D'après une septième opinion. dominante entre les deux guerres en Italie (Baldoni, Cansacchi, Monaco, Massart, Andreoli, Vassali-Monaco, Trib. Rome, 7-5-1937; Monza 12-5-1937; Rome, 15-3-1937; Corte di cassazione, 3-1-1939; Contra: Pergolesi, Balladore Pallieri, Richard, Gemma), la validité des conventions collectives s'étend à tout le territoire du pays, mais jamais au territoire des pays étrangers. Dans une huitième opinion (Freyria), les conventions collectives ont un effet territorial complet. Enfin. selon Kronheim, la validité des conventions collectives ordinaires ne possédant pas un effet erga omnes, les « conventions collectives non étendues » doivent être gouvernées par les mêmes principes que les contrats de travail individuels; par contre, les conventions collectives « étendues », erga omnes, étendent leurs effets sur tous les contrats de travail à exécuter dans le pays.

- Ad b) L'opinion dominante dans la doctrine occidentale fait une distinction nette entre les conventions collectives avec un effet erga omnes dont l'effet est étendu, en vertu d'un arrêté du gouvernement, à une profession entière avec force obligatoire et les conventions collectives ordinaires non généralisées qui n'ont pas été l'objet d'un arrêté d'extension. Selon certains auteurs (Lenhoff, Goethem-Geysen, Nussbaum, Kronheim, Andreoli, Massart, Pergolesi, Balladore Pallieri, etc.), les conventions collectives étendues, erga omnes, ne gouvernent que le travail exécuté dans l'intérieur du pays. Selon d'autres (Gamillscheg, Reichsgericht 29-5-1929, 1-4-1931, 28-5-1932; LAG, Berlin, 2-8-1929), il faut considérer si le travail en question a commencé ou non dans le pays et si les contrats de travail peuvent ou non être considérés comme des Mindestnormen sociales, des minimums standards.
- Ad c) La capacité des parties à une convention collective est régie, selon certains auteurs (Schnorr von Carolsfeld) par la loi du pays intérieur, laquelle est compétente aussi bien pour les conventions collectives signées par les employeurs individuels (pour les Firmentarifs) que pour celles signées par les associations d'employeurs. Selon d'autres (Gamillscheg) la lex situs de l'usine devrait être appliquée aux premières (les Firmentarifs), et la lex constituendi des associations des employeurs aux secondes.
- Ad d) La validité extrinsèque des conventions collectives est régie, selon certains auteurs, par le principe du locus regit actum, selon d'autres (Gamillscheg), par la lex situs de l'usine.

Ad e) La validité intrinsèque, le contenu et les effets des conventions collectives sont gouvernés, selon certains (Gamill-scheg), par la lex situs de l'usine, selon d'autres, par les lois prohibitives et impératives de toutes les lois en rapport avec la relation du travail.

Pour le rapporteur, la convention collective doit être considérée en partie comme une règle de droit et en partie comme un contrat, de sorte qu'elle peut être qualifiée de contrat norme, ce que la majorité des auteurs occidentaux et socialistes admettent. Il s'ensuit que la validité territoriale de la convention collective doit être gouvernée par les mêmes principes que les contrats de travail individuels et les règles de droit du droit du travail, donc par la lex laboris generalis ou specialis compétente. Cela veut dire que si deux conventions collectives sont en conflit, la convention qui doit être considérée comme compétente est celle en vigueur dans le pays de la lex laboris generalis ou specialis. Si la convention collective limite son application d'une manière expresse aux travaux exécutés exclusivement, soit dans le pays, soit à l'étranger, cette limitation doit être prise en considération.

La convention collective peut être en conflit avec des contrats de travail individuels aussi. En effet, dans certains pays (par exemple dans les pays anglo-saxons) les parties à un contrat individuel de travail peuvent exclure l'application de la convention collective. Dans d'autres pays (par exemple en Suisse, après un mois à compter de l'expiration du contrat de travail) elles peuvent renoncer à leurs droits garantis par la convention. Ici aussi, c'est de la lex laboris generalis ou specialis que dépend la réponse à la question de savoir si l'employeur ou le travailleur peut exclure l'application de la convention collective ou renoncer aux droits garantis par elle. C'est également la lex laboris qui détermine jusqu'à quel point les outsiders tombent sous l'effet de la convention collective.

La convention collective peut être en conflit également avec les règles de la constitution, de l'organisation de l'usine, car ces règles sont régies par la lex constituendi, c'est-à-dire par la loi, sous l'empire de laquelle l'usine fut constituée; la validité territoriale des conventions collectives, par contre, est régie par la lex laboris generalis ou specialis.

En ce qui concerne les éléments constitutifs des conventions collectives : la capacité des parties, la validité extrinsèque et intrinsèque, le contenu, les effets des conventions collectives, ceux-ci sont gouvernés également, suivant le rapporteur, par la lex laboris generalis et specialis. C'est cette loi qui décide si l'employeur privé est autorisé à conclure des conventions collectives (dans les pays socialistes il ne l'est pas), si les associations non organisées des employeurs sont autorisées à le faire (comme dans la République fédérale d'Allemagne), si, à cette fin, un permis spécial des autorités est nécessaire (comme en Autriche), si la convention peut contenir l'Organisations- ou Absperrklausel, la Tarifausschussklausel, si des ouvriers non organisés peuvent être employés par l'employeur, si la closedshop clause est permise. La lex laboris détermine la durée de la convention, sa validité extrinsèque, si un acte notarié ou sous seing privé est nécessaire (comme aux Pays-Bas), les conditions de sa modification ainsi que de son expiration.

Il s'ensuit donc, de l'avis du rapporteur, que les dispositions énoncées à l'article 8 du projet de l'Institut présenté à Luxembourg peuvent être approuvées, mais qu'elles devraient être complétées dans le sens mentionné ci-dessus.

La thèse proposée ici, l'application de la lex laboris generalis ou specialis dans les questions concernant la convention collective, est motivée par les mêmes arguments qui militent en faveur de l'application de la même loi dans les questions concernant les contrats de travail individuels. Deux principes jouent ici un rôle prépondérant : le principe de l'unité de la convention collective, lequel exige que tous les éléments constitutifs de la convention soient gouvernés par la même loi, et le principe de l'unité de l'entreprise de l'employeur, lequel exige que l'entreprise, elle aussi, soit régie, autant que possible, par une seule loi. S'il ne fait pas de doute que l'entreprise forme un tout, constitue une unité de production, une unité financière, une unité psychologique, s'il est permis de penser que le législateur cherche à respecter cet ensemble, une seule convention collective doit régir l'entreprise. En droit français interne (art. 31 et al. 2 du Code du travail), remarque Anaïs Reboul (op. cit., p. 211), on voit une nette tendance à étendre d'office toute convention collective à l'ensemble de l'entreprise : « lorsque l'employeur est lié par les clauses de la convention collective de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus par lui ». A fortiori, la convention collectiverèglement, qui est destinée à fixer « les rapports entre employeurs et travailleurs dans une branche d'activité déterminée », est apte à régir l'ensemble des entreprises ayant une production semblable.

De toute façon, il faut noter que la convention collective ordinaire, sans effet erga omnes, et la convention collective étendue, avec effet erga omnes, étant de même nature, les mêmes règles de conflit leur seront imposées. On arrive ainsi à concilier les deux positions qui, à première vue, semblent opposées, à savoir : la nature conventionnelle de la convention collective et son application territoriale.

19. Comme nous l'avons vu, dans certains pays, les pays socialistes, par exemple, la doctrine considère que les relations d'assurance sociale sont gouvernées par le droit du travail; dans d'autres pays, par contre, les règles de l'assurance sociale ne font pas partie du domaine du droit du travail proprement dit.

Il existe dans les pays socialistes une dualité dans ces relations, à savoir les relations entre l'assuré et l'organe de l'assurance sociale d'une part (appelée la relation d'assurance sociale du travailleur) et entre l'employeur et l'organe de l'assurance sociale d'autre part (appelée la relation d'assurance sociale de l'employeur). La première relation est basée sur un contrat de travail individuel existant dans le présent ou dans le passé, mais sans être identique à la relation de travail elle-même.

De l'avis du rapporteur, en principe, les deux types de relations de travail doivent être gouvernés par la lex laboris generalis ou specialis compétente. Si cette loi oblige l'organe de l'assurance sociale à des prestations et charge l'employeur des obligations, le juge pourra les contraindre à exécuter leurs obligations. Si cette loi est une loi étrangère et détermine les conditions de sa propre application d'une manière différente ou exclut complètement sa propre application ou ne connaît pas du tout l'institution de l'assurance sociale obligatoire, il peut arriver que le travailleur reste sans aucun appui, sans aucune prestation de la part de l'assureur. Pour éviter cette conséquence, de l'avis du rapporteur, le juge devrait dans ce cas chercher s'il n'existe pas une obligation de nature privée du côté de l'assureur et, partant, devrait appliquer la règle de conflit compétente du droit international privé, donc la lex obligationis, qui sera la loi choisie par les parties et dans le silence des parties, dans la plupart des cas, la lex domicilii de l'assureur.

C'est ainsi que la Reichsversicherungsordnung allemande, et probablement les lois autrichienne et suisse, ne sauraient être appliquées que dans les cas de la radiation vers l'étranger de l'emploi dans le pays, et les règles du Code français de la Sécurité sociale ne sauraient être appliquées que dans le cas où le travailleur avait été assuré préalablement à la caisse primaire. La loi italienne, suivant la jurisprudence, ne saurait

être appliquée que dans le cas où le locus laboris se trouve en Italie, la loi belge que dans le cas où la lex obligationis est la loi belge, les lois anglaise, australienne, canadienne, que dans le cas où le lieu de l'accident se trouve dans ces pays et la loi des Etats-Unis que dans le cas où le locus delicti commissi était aux Etats-Unis (question discutée, voir Ehrenzweig, A Treatise on the Conflict of Laws, 1962, p. 605).

L'opinion exposée ici est corroborée par la majorité des conventions internationales bilatérales conclues entre les pays socialistes, lesquelles ordonnent l'application de la lex loci laboris et exceptionnellement de la lex loci delegationis et des autres leges laboris speciales. [Voir les conventions déjà mentionnées signées par la Hongrie avec la Pologne (14-2-1959), la Tchécoslovaquie (30-1-1959), la Yougoslavie (7-10-1957), la DDR (30-1-1960), la Roumanie (7-9-1961), la Bulgarie (30-6-1961) et l'Union soviétique (20-12-1962).] Comme nous l'avons remarqué, l'Union soviétique avait conclu des conventions avec la Tchécoslovaquie (11-12-1959), la DDR (24-5-1960), la Roumanie (24-12-1960) et la Hongrie (20-12-1962). Ces conventions sont analysées d'une manière approfondie par I. K. Korodetskaya dans l'Annuaire soviétique de droit international, 1961, pp. 373 à 386.

20. En ce qui concerne le règlement des relations procédurales dans le domaine du droit du travail, il existe des différences fondamentales entre les systèmes juridiques occidentaux et socialistes et également entre les divers systèmes juridiques socialistes. Ces différences sont exposées et discutées par le rapporteur dans ses livres International Civil Procedure. A Comparative Study (A. W. Sijthoff, Leyde 1967) et International Labour Law. A Comparative Survey of the Conflict Rules affecting Labour Legislation and Regulations (A. W. Sijthoff, Leyde, 1968, pp. 383 et suiv.).

Considérant que ces questions ont des rapports très étroits avec les problèmes du droit de la procédure civile et qu'elles sont traitées par les spécialistes de cette branche du droit, il semble préférable de ne pas les analyser dans le présent projet, vu surtout que cette matière est régie par des principes analogues à ceux qui président à la procédure civile en général.

## QUESTIONNAIRE

- Quelle doit être la portée de la Résolution à adopter par l'Institut :
  - a) règles générales (principes directeurs) ou
  - b) projet de convention?
- 2. Estimez-vous que le droit international du travail fait partie du droit international privé ou est-il indépendant de celui-ci; en d'autres termes, les conflits de lois dans le domaine du travail sont-ils à décider suivant les principes généraux du droit international privé ou suivant des principes particuliers dont la nature juridique et le contenu diffèrent de la nature juridique et du contenu des règles de conflits du droit international privé?
- 3. Faut-il faire une distinction, dans le domaine du droit du travail, entre les règles relevant du droit public et celles relevant du droit privé?
- 4. Doit-on reconnaître dans le domaine du droit du travail l'application du principe de l'autonomie de la volonté ou l'application de ce principe doit-elle être exclue complètement de ce domaine?
- 5. Quelle est la règle de conflit qui doit être considérée dans le cas où les parties n'ont pas le droit de choisir la loi compétente, ou dans le cas où elles n'ont pas choisi comme loi applicable, la lex laboris generalis, applicable dans la majorité des cas d'espèces? Croyez-vous, avec le rapporteur, que c'est la lex loci laboris, ou sinon, la lex patriae, la lex domicilii des parties, la loi du siège de l'entreprise, ou la lex loci contractus?
- 6. Dans quels cas faut-il appliquer une loi autre que la lex loci laboris? Quelles sont les leges laboris speciales?

Considérez-vous avec le rapporteur que les leges laboris speciales sont, dans les cas mentionnés dans l'exposé sous le point a) la lex loci delegationis, sous b) la loi du pavillon, sous c) et d) la loi du pays où se trouve le centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique de l'employeur, sous e), f) et h) la loi nationale commune des parties, sous g) la loi du domicile ou de la résidence matrimoniale commune des parties, sous i) la lex loci contractus?

- 7. Estimez-vous que sont réglementées par le droit du travail, en dehors des questions ayant trait aux contrats de travail individuels et aux conventions collectives, les questions concernant la Sécurité sociale, les assurances sociales, la procédure dans les litiges en matière de droit de travail aussi?
- 8. D'après quelle loi faut-il apprécier la capacité des parties dans les contrats de travail? Pensez-vous avec le rapporteur que ce devrait être la lex laboris generalis ou specialis compétente ou bien la loi personnelle des parties ou la lex loci contractus?
- 9. D'après quelle loi faut-il apprécier la validité extrinsèque des contrats de travail : d'après la lex laboris, comme le rapporteur le pense, ou bien d'après le principe du locus regit actum?
- 10. D'après quelle loi faut-il apprécier la validité intrinsèque, les effets, l'interprétation, les modalités d'exécution, la rupture, et l'expiration des contrats de travail ? Est-ce la lex laboris generalis ou specialis qui est compétente, comme le rapporteur le pense, ou bien une autre loi ?
- D'après quelle loi faut-il apprécier la capacité des parties, ainsi que la validité territoriale, la validité extrinsèque et

- intrinsèque, les effets et l'interprétation des conventions collectives? Est-ce la lex laboris generalis ou specialis qui est compétente ou bien une autre loi?
- 12. D'après quelle loi faut-il décider les conflits a) entre plusieurs conventions collectives compétentes, b) entre les contrats de travail individuels et les conventions collectives, et c) entre les leges constituendi (les lois gouvernant l'organisation des usines) et les conventions collectives? Est-ce la lex laboris generalis ou specialis, comme le rapporteur le pense, ou bien une autre loi?
- 13. Quelle loi faut-il considérer comme compétente pour apprécier les relations d'assurance sociale? Est-ce la lex laboris generalis ou specialis, comme le rapporteur le pense, ou bien une autre loi? Si une loi étrangère est à appliquer et que celle-ci détermine d'une manière différente ou exclut complètement sa propre application, quelle est la loi qui doit être appliquée par le juge? Est-ce la lex obligationis, comme le rapporteur le pense, ou bien une autre loi?
- 14. Faut-il étudier les principes du droit du travail concernant la détermination de la loi compétente pour les relations procédurales dans les litiges en matière de droit du travail, ou bien, comme le rapporteur le pense, serait-il préférable de ne pas les analyser dans notre projet de Résolution?
- 15. Faut-il aborder dans le projet de Résolution les questions étudiées par les auteurs dans la partie générale des traités sur le droit international privé, par exemple la question préliminaire, celle des qualifications, de l'ordre public, du renvoi, du principe de la Nüherberechtigung, de la fraude à la loi, etc., ou bien serait-il préférable, comme le rap-

porteur le pense, de ne pas les aborder dans le projet vu quelles ont un caractère général et sont discutées par la doctrine dans le cadre de la science du droit international privé?

Budapest, le 20 juillet 1968.

#### ANNEXE II

Observations des membres de la Seizième Commission en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire de M. Etienne Szászy du 20 juillet 1968

### 1. Observations de M. Henri Batiffol

Paris, le 17 avril 1969.

Mon cher Confrère.

J'ai lu avec grand intérêt votre exposé préliminaire si précis et documenté, et votre questionnaire. Voici quelles sont actuellement mes observations.

Première question. Je crois comme vous que la Résolution à adopter devrait se limiter à des règles générales ou des principes directeurs sans prétendre à constituer un projet de convention. Ce me paraît être le rôle qui convient à l'Institut, mal armé pour établir des projets de convention avec toutes les précisions nécessaires.

La deuxième question ne me paraît pas devoir faire l'objet d'une prise de position par l'Institut. Elle ne comporte pas d'ailleurs à mon sens une réponse tranchée, en ce que le droit international du travail, tout en présentant une indéniable spécificité, est amené le cas échéant à recourir à certains principes du droit international privé. Vous y recourez vous-même (p. 341) en relevant que la prépondérance de la loi du lieu d'exécution pour les contrats de droit civil en général doit être admise « à plus forte raison... pour les contrats de travail ». L'indépendance d'une branche du droit n'est jamais que relative. en ce que des liens existent toujours avec d'autres.

Je crois comme vous, sur la troisième question, qu'il n'y a pas lieu de fonder la Résolution sur une distinction de départ entre les règles de droit public et celles du droit privé. Comme vous l'observez la distinction n'est pas reçue comme telle dans tous les systèmes, et ceux qui la professent n'en ont pas tous la même conception, sans préjudice des incertitudes inhérentes aux différentes conceptions retenues. Votre méthode me paraît préférable de poser une directive générale, quitte à s'en écarter pour des raisons qui, le cas échéant, retrouveront les motifs retenus dans maints systèmes à l'appui de la classification d'une règle dans le droit public, comme on le voit dans les problèmes que vous examinez de la page 358 à la page 367.

Quatrième question. Je ne serais pas partisan d'exclure complètement l'autonomie de la volonté dans notre domaine. S'il est vrai que la grande majorité des contrats de travail obéit. sans que la volonté des parties intervienne, à une loi qui est le plus souvent, comme vous le montrez, celle du lieu où le travail s'exécute, il existe cependant des « cadres » d'un rang élevé dont les conditions d'emploi peuvent donner lieu à négociation, donc éventuellement à la désignation d'une loi que les parties jugeraient mieux appropriée à la situation. Pour tenir compte de la fréquence respective des deux séries de situations, je serais d'avis de suivre votre plan de recherche de la loi normalement applicable, mais en réservant l'éventualité d'une dérogation convenue : nous tiendrions ainsi compte de la spécificité du droit international du travail en inversant la méthode ordinaire qui affirme la liberté des parties, puis admet que dans leur silence le juge cherche leur soi-disant volonté implicite, c'est-à-dire le plus souvent la localisation effective du contrat. Bien entendu la soumission du contrat à une loi autre que celle du lieu d'exécution ne saurait éliminer complètement les dispositions de cette dernière, qu'on les qualifie d'ordre public, de

police ou de droit public. Mais il faut observer qu'elles sont moins nombreuses pour les cadres, et que le problème, qu'il vaut mieux éliminer si possible, ne peut l'être entièrement : vous-même prévoyez des cas où le contrat ne sera pas soumis à la loi du lieu où il s'exécute.

Cinquième question. Votre démonstration des titres de la loi du lieu d'exécution comme solution de principe (pp. 341-343) me paraît particulièrement solide et convaincante.

Sixième question. Sur le point a) je vous suivrai sous la seule réserve des contrats qui s'exécutent dans plusieurs Etats, mais parmi lesquels il est possible de distinguer un lieu d'exécution principal.

Je suis d'accord sur le point b).

La solution proposée sous c) pour les cadres me paraît trop générale. Il en est qui sont engagés exclusivement pour exercer leurs fonctions dans un pays donné, où ils sont parfois recrutés, y ayant leur domicile, et dont ils ont la nationalité. La substitution au principe de la loi du siège de l'entreprise devrait faire l'objet d'une clause expresse. J'en dirai autant dans le cas que vous exposez des pays en voie de développement.

Observation analogue sur le point d): le représentant commercial peut être affecté à une région déterminée; le retour à la loi du siège de l'employeur ne me paraît justifié que dans les cas déjà prévus sous le point a), en réservant la possibilité de déterminer un lieu d'exécution principal.

Les propositions e) et f) me paraissent justifiées.

J'ai des doutes sur l'opportunité de considérer le contrat de travail entre époux. Il s'agit plutôt là d'une situation familiale, qui ne relève guère de l'esprit de la Résolution.

La situation visée au point h) ne relève-t-elle pas de la solution déjà retenue au point a) pour un lieu de travail « transitoire, provisoire »?

Le recours à la loi du lieu de conclusion du contrat me paraît une solution subsidiaire générale qu'il est bon de prévoir.

Septième question. L'évolution tend à désolidariser la sécurité sociale du droit du travail, puisque son champ d'application s'étend à des non-salariés. C'est du moins la tendance en France. Il serait donc explicable que la Résolution n'en traite pas; ce serait peut-être plus prudent étant donné la diversité des régimes de sécurité sociale, l'état inégal de leur développement et le caractère encore mouvant de la matière dans la plupart des systèmes.

Je serais également d'avis de ne pas aborder les problèmes procéduraux, qui offrent trop de particularités propres aux systèmes nationaux. Mais j'ai mal compris si vous êtes favorable ou non à cette position, que je vois écartée page 363, puis approuvée page 388.

Huitième question. La solution que vous proposez revient pour partie à poser une règle matérielle. Le procédé n'est pas usuel dans les Résolutions de l'Institut, mais je n'y suis pas pour ma part opposé par principe.

Neuvième question. J'ai quelque hésitation à écarter purement et simplement la compétencé pour les formes de la loi du lieu où l'acte est passé. Je reconnais avec vous que les formes du contrat du travail peuvent être plus inspirées par un souci de protection que par celui de faciliter la conclusion des actes. Vous observez vous-même que la question se posera surtout pour la résiliation des contrats concernant les voyageurs, représentants ou placiers. Mais il n'est pas certain que l'acte, surtout unilatéral, émanant de l'employeur soit réputé accompli au lieu du siège de son entreprise. La question est probablement de celles qu'il y aura lieu de discuter plus avant.

Dixième question. Je suis bien d'accord avec vous que ces questions doivent être soumises à la loi qui régit le contrat de

travail. Mais si cette loi n'est pas celle du lieu où le travail s'exécute, comme vous en admettez éventuellement la possibilité, n'y a-t-il pas intérêt à démêler au moins les types de questions que l'Etat local peut légitimement soumettre à sa propre loi, quelle que soit la loi du contrat? Il serait intéressant de reprendre à ce point de vue des questions du genre de celles que vous examinez aux pages 359 à 361.

Onzième et douzième questions. Les conventions collectives n'ont pas encore donné lieu, que je sache, à beaucoup de décisions dans ce domaine. Il faudra donc s'avancer avec prudence, l'expérience des difficultés réelles n'étant pas encore très developpée. Je vous suivrai dans l'ensemble de vos explications, avec une réserve éventuelle en ce qui concerne la renonciation à la convention collective quand le contrat n'est pas régi par la loi du lieu où il s'exécute : la loi de ce lieu ne prétendrait-elle pas légitimement au dernier mot ?

Treizième et quatorzième questions. Il me paraît que si la réponse à la question 7 en ce qui concerne ces problèmes est négative comme j'y incline, ces deux questions n'ont plus d'objet.

Quinzième question. Je partage votre avis qu'il n'y a pas lieu d'étudier les questions de la partie générale du droit international privé. Si la suite de nos travaux montrait qu'un problème particulier du contrat de travail oblige à prendre parti sur l'une de ces questions générales, votre rapport définitif pourrait le montrer, mais il n'y aurait pas grande chance, et légitimement, que l'Institut prenne parti sur un problème général à propos d'un cas particulier.

Je vous prie d'agréer, mon cher Confrère, l'expression de mes sentiments très distingués et dévoués.

Henri Batiffol.

## 2. Observations de M. Giorgio Cansacchi

Turin, le 28 février 1969.

Mon cher Confrère.

J'ai reçu votre excellent exposé préliminaire « sur les conflits de lois en matière de droit du travail ».

Je désire vous féliciter vivement pour votre rapport, très clair, complet et solide dans ses motifs; dans la plus grande partie de la matière exposée je me rallie à votre opinion.

En premier lieu, je suis de votre avis sur le point que la Résolution à adopter par l'Institut devrait se limiter à poser des règles générales, c'est-à-dire des principes directeurs pour de futures réformes législatives des Etats, et non un projet de convention multilatérale.

Sur le fond du problème, c'est-à-dire sur la loi à choisir pour régler la substance du rapport de travail, je suis moi aussi, en principe, favorable à la loi de l'Etat dans lequel le travail est exécuté (lex loci laboris generalis). Je trouve tout à fait raisonnables les considérations que vous faites à cet égard pour justitier ce choix et spécialement l'opportunité d'éviter les difficultés qui dérivent de l'application simultanée de deux lois : une loi étrangère et les règles de droit public en vigueur dans le territoire où le travail est exécuté. Je vous dirai — comme d'autre part vous le savez déjà — que, même en Italie, malgré la teneur de l'article 25, premier alinéa, des Dispositions préliminaires au Code civil, certains juristes et certains arrêts appliquent davantage au rapport de travail la lex loci laboris en excluant ou limitant le plus possible l'emploi de la lex voluntatis (c'est-à-dire la loi choisie par les parties au contrat).

J'approuve aussi les leges laboris specialis que vous avez indiquées comme préférables pour régir certains rapports de travail, qui présentent des éléments caractéristiques vis-à-vis du rapport du travail commun; je trouve tout à fait satisfaisante l'argumentation que vous avez exposée pour justifier ces choix législatifs.

En particulier, je me rallie à votre choix de la loi de l'éta-blissement de l'employeur, c'est-à-dire de l'Etat où l'entreprise a son siège, lorsque le travail doit être exécuté en même temps dans plusieurs pays, ou dans des lieux qui ne sont soumis à aucune souveraineté territoriale. De même lorsque les travailleurs constituent les cadres de l'entreprise, les dirigeants, les employés de rang élevé, les représentants commerciaux, les agents d'affaires, les commissionnaires, les commis voyageurs, etc. Dans tous ces cas il est évident que la relation du travail se rattache davantage au siège de l'entreprise, qu'au lieu ou aux lieux dans lesquels le travail se développe. Pour la même raison j'estime, moi aussi, plus convenable le choix de la loi du pavillon et de la loi du pays de l'immatriculation lorsque le travail est exécuté dans les milieux de la navigation maritime ou de la navigation fluviale ou aérienne.

Je doute, toutefois, de l'opportunité d'abandonner complètement la lex voluntatis au suiet du contrat de travail.

En Italie, et je pense même ailleurs, la doctrine et la jurisprudence ne seraient pas prêtes à se rallier complètement à une telle solution. Le principe qu'en matière de contrat on doit donner la préférence, autant que possible, à la volonté des parties et en conséquence à la loi qu'elles ont librement choisie a des racines très profondes en Italie, et puisqu'on qualifie le rapport de travail comme un contrat, il serait très difficile de parvenir à une négation complète de ce principe dans ce domaine.

Il faut aussi envisager une situation particulière aux travailleurs subordonnés italiens (et je pense qu'une situation semblable se présente dans d'autres pays): plusieurs ouvriers et techniciens italiens sont aujourd'hui engagés en Italie pour travailler dans les territoires des nouveaux Etats africains. Il peut arriver que les lois de travail de ces pays soient moins favorables aux travailleurs que la loi italienne : de là l'intérêt pour ces travailleurs de pouvoir choisir leur loi nationale ou une autre loi qu'ils pensent être plus favorable que la lex loci laboris. On pourrait donc consentir aux parties au contrat de travail de choisir la loi régissant ledit rapport sous ces conditions : 1) que le choix de la loi soit expressément déclaré dans le contrat (de manière à exclure totalement des interprétations douteuses): 2) que les règles impératives édictées par l'Etat pour la tutelle du travail et les prévoyances sociales (telles que les assurances obligatoires en faveur des travailleurs) soient en tout cas respectées; 3) que si les avantages patrimoniaux attribués aux travailleurs par la lex loci laboris generalis ou specialis sont plus favorables que ceux conférés par la lex voluntatis, la lex loci laboris soit appliquée en substitution de cette dernière.

J'estime qu'une application limitée de la *lex voluntatis* semble justifiée et que les travailleurs, de n'importe quel niveau, doivent bénéficier de cette faculté de choix.

Pour ce qui se réfère à la délimitation du domaine du droit de travail, la doctrine et la jurisprudence italiennes sont, en général, favorables à exclure de ce domaine les questions qui concernent la sécurité sociale, les assurances sociales et les règles procédurales relatives aux litiges en matière de droit du travail. Dans le domaine de la sécurité sociale et des assurances sociales on estime devoir appliquer la lex loci laboris, c'est-à-dire la loi du pays où le travail est exécuté. Pour les règles procédurales on estime devoir appliquer la lex fori.

A mon avis, la solution envisagée par le rapporteur est la plus convenable et justifiée. Je me rallie donc à l'opinion du rapporteur pour l'application de la lex loci laboris. Je suis

moins sûr quant à l'application dans ce domaine de la lex loci laboris specialis (normalement la loi du siège de l'entreprise), puisque cette loi n'est pas souvent celle du pays où le travail est concrètement réalisé, et des difficultés peuvent surgir pour la coordination et l'adaptation des deux lois : la loi territoriale et la lex laboris specialis. Pour la procédure à suivre dans les litiges en matière de travail j'estime l'application de la lex fori préférable.

Sur la question de la capacité à conclure un contrat de travail, la doctrine italienne, quoique favorable à l'application de la loi nationale des parties suivant l'article 17 des Dispositions préliminaires, est, en général, aussi en faveur du choix de la loi qui règle la substance du contrat; on parle, ainsi, de capacité « négociale » spéciale. Je partage les très justes observations du rapporteur sur l'application de la lex loci laboris, soit generalis, soit specialis, dans le domaine de la capacité des parties, employeur et travailleur, à conclure un contrat de travail.

Sur la question de la forme je pense qu'on doit préférer le système de l'alternative d'application de plusieurs lois sur la base du principe du favor negotii. C'est le système italien par lequel l'acte juridique est considéré comme valable, quant à la forme, pourvu qu'il soit conforme à l'une ou l'autre de ces lois : lex loci actus, lex nationalis des parties, lex substantiae. On pourrait donc suivre ce système et affirmer que la forme du contrat de travail est valable si elle est conforme à une de ces lois : la loi du lieu où le contrat a été conclu ; la loi nationale ou de domicile commun des parties ; la loi qui régit la substance du contrat (par exemple la lex voluntatis) ; la loi du lieu où le travail est réalisé ; la loi du siège de l'entreprise.

Sur les effets du contrat de travail, sur son interprétation et sur les modalités de son exécution, je pense qu'on doit appliquer la loi qui règle la substance du contrat; à mon avis elle serait exceptionnellement. (si les parties l'ont explicitement voulu) la lex voluntatis, normalement la lex laboris generalis ou specialis.

En ce qui concerne les conventions collectives, comme le rapporteur le met justement en relief, il y a des Etats où les conventions collectives ont force de loi et s'appliquent impérativement à tous les employeurs et à tous les travailleurs qui exécutent un travail sur le territoire dudit Etat : il v a d'autres Etats où les obligations des contrats collectifs sont restreintes aux personnes parties à la convention ou qui consentent des dérogations plus ou moins étendues en faveur des parties au contrat individuel. Je me rallie au point de vue du rapporteur : il serait convenable de faire régler toutes les questions relatives aux conventions collectives et à leurs relations avec les contrats individuels de travail par les leges laboris generalis et specialis. Même dans ce domaine, j'estime qu'on pourra rencontrer des difficultés à cause du contraste éventuel entre deux contrats collectifs, celui du pays où le travail est exécuté et celui du pays du siège de l'entreprise (locus laboris specialis).

Sur les relations procédurales je suis, moi aussi, de l'avis du rapporteur qu'il serait mieux de ne pas les régler dans le projet, puisqu'elles rentrent dans un autre domaine, celui du droit de la procédure civile.

Avec mes salutations les plus vives et l'expression de ma haute considération, votre

Giorgio Cansacchi.

# Réponses au questionnaire

Première question. A mon avis, la Résolution à adopter par l'Institut devrait se limiter à poser des règles générales (principes directeurs) et non à formuler un projet de convention.

Deuxième question. J'estime que le droit international du travail fait partie du droit international privé, sauf les disposi-

tions de droit public concernant la tutelle du travail et les assurances sociales obligatoires. En conséquence je pense que les conflits de lois dans le domaine du travail doivent être décidés suivant les principes généraux du droit international privé. Toutefois, on doit tenir compte des caractéristiques du rapport juridique du travail pour un choix convenable de la loi régissant la substance du contrat de travail (en général la lex loci laboris).

Troisième question. J'estime que dans le domaine du droit du travail il n'est pas possible de se passer de la distinction entre les règles du droit public et celles du droit privé. C'est à cause de cette situation qu'on préfère choisir la lex loci laboris pour la réglementation de la substance du contrat de travail.

Lorsqu'on renvoie à une autre loi (lex voluntatis, lex laboris specialis), les difficultés qui dérivent de l'application conjointe des règles impératives du droit public territorial et des règles d'une loi étrangère régissant le contrat du travail ne peuvent pas être évitées.

Quatrième question. J'estime que, même dans le domaine du droit de travail, le principe de l'autonomie de la volonté des parties au contrat doit être respecté. A mon avis cette autonomie doit être restreinte dans ses effets. Je proposerai ces limitations: 1) que le choix d'une loi, différente de celle du locus laboris, soit expressément déclaré dans le contrat du travail; 2) que les règles impératives édictées par l'Etat du travail sur la tutelle et sur les prévoyances sociales en faveur du travailleur soient en tout cas respectées; 3) que si les avantages patrimoniaux attribués aux travailleurs par la lex loci laboris sont plus favorables que ceux conférés par la lex voluntatis, la lex loci laboris soit substituée à cette dernière.

Cinquième question. Je me rallie à l'opinion du rapporteur.

Dans les cas où les parties n'ont pas choisi expressément une autre loi, je considère comme préférable la lex loci laboris generalis.

Sixième question. Je me rallie à l'opinion du rapporteur. Dans les cas exposés par le rapporteur j'estime que les leges laboris speciales doivent être la loi du siège de l'entreprise, la loi du pavillon, la loi nationale des parties, etc.

Septième question. J'estime que les questions concernant la sécurité sociale, les assurances sociales et les procédures relatives aux litiges en matière de travail, rentrent dans le domaine du droit interne du travail au sens large, mais non dans le domaine spécifique du droit international privé en matière de travail.

Huitième question. Je proposerai que la capacité des parties dans les contrats de travail soit réglée par leurs lois personnelles et aussi par les leges laboris generalis ou specialis, dans le sens que si une des parties est capable sur la base d'une de ces lois, la capacité devrait être retenue, même si l'autre loi l'excluait.

Neuvième question. J'estime, sur la base du principe du favor negotii, que la validité extrinsèque du contrat de travail (formae negotii) devrait être appréciée alternativement selon ces lois : loi personnelle commune des parties, loi qui régit la susbstance du contrat, loi du lieu du travail, loi du siège de l'entreprise. Si le contrat, pour sa forme, est valable selon les règles d'une de ces lois, il devrait être considéré comme valide même s'il ne l'était pas selon les autres lois.

Dixième question. J'estime que la validité intrinsèque, les effets, l'interprétation, les modalités d'exécution, la rupture et l'expiration des contrats de travail devraient être réglés par la loi qui régit la substance de ce contrat; en conséquence cette

loi devrait être la lex laboris generalis ou specialis selon l'opinion du rapporteur; exceptionnellement la lex voluntatis.

Onzième question. J'estime que l'opinion du rapporteur doit être suivie.

La validité extrinsèque et intrinsèque des conventions collectives du travail devrait être réglée par les leges laboris generalis et specialis.

Douzième question. Je me rallie à l'opinion du rapporteur. Les conflits entre plusieurs conventions collectives et entre les conventions collectives et les contrats de travail individuels devraient être réglés par la lex laboris generalis ou specialis. Je souligne toutefois les difficultés qui peuvent surgir lorsque la lex loci laboris specialis est une loi différente de celle en vigueur dans le territoire où le travail est exécuté et cette dernière loi impose l'indérogabilité des conventions collectives pour tous les travailleurs, nationaux ou étrangers, d'une certaine catégorie de travail.

Treizième question. Je me rallie à l'opinion du rapporteur en faveur des leges laboris generalis et specialis, mais j'estime que si la lex loci laboris impose un système obligatoire d'assurance sociale, cette loi ne pourra pas être détournée.

Cette situation peut présenter des difficultés lorsque la loi qui régit le contrat de travail est, par exemple, la loi du siège de l'entreprise et si cette loi n'est pas celle du lieu du travail.

Quatorzième question. Je pense qu'il est préférable de ne pas traiter dans le projet de Résolution de la détermination de la loi compétente pour les relations procédurales dans les litiges du travail. Ces questions rentrent dans le domaine procédural et non dans le domaine du droit international privé. En outre les questions procédurales relatives aux litiges sont, au moins en principe, réglées par la lex fori.

Quinzième question. Je me rallie à l'opinion du rapporteur. Les questions générales du droit international privé (qualifications, renvoi, ordre public, etc.) ne devraient pas trouver place dans le projet de Résolution.

Giorgio Cansacchi.

## 3. Observations de M. Charalambos Fragistas

Thessalonique, le 14 août 1969.

Première question. Je partage l'opinion du rapporteur de ne pas préparer un projet de convention, mais de formuler certaines Résolutions concernant les conflits de lois en matière de droit du travail.

Ces règles pourraient être adoptées non seulement dans le droit international conventionnel mais aussi bien dans les règles internes des conflits de lois.

Deuxième et troisième questions. Pour répondre à la question de savoir si « le droit international du travail fait partie du droit international privé ou s'il est indépendant de celui-ci », il faut d'abord préciser la portée du terme de droit international privé.

Dans le sens large du mot, qui comprend aussi le droit international administratif, il n'y a pas de doute que le droit international privé comprend aussi le droit international du travail.

Dans le sens strict, le droit international privé se limite aux relations de droit privé. Dans ce sens, le droit international du travail fait partie du droit international privé en ce qui concerne les relations entre les employeurs et les travailleurs.

Il va de soi que ces relations appartiennent au droit international privé stricto sensu autant que leur structure relève du droit privé. Les relations de travail entre les Etats et les personnes morales de droit public, d'une part, et leurs fonctionnaires, d'autre part, n'appartiennent pas au droit international privé. De même, les relations des organisations de droit international public et leurs fonctionnaires appartiennent au droit international public et non au droit international privé.

Mais cette classification systématique n'empêche pas que, sur certains points, les solutions qui doivent être admises en droit international du travail s'écartent des solutions admises en général en droit international privé.

Le droit international du travail est une branche spéciale du droit international privé et peut présenter des particularités qui peuvent justifier une déviation des règles générales en vigueur dans ce dernier. Mais tant qu'une déviation pareille ne paraît pas être imposée, les règles générales de droit international privé s'appliquent aussi au droit international du travail.

Quatrième question. Je pense qu'il serait mieux de ne pas accepter dans le domaine du droit du travail le dogme de l'autonomie de la volonté des parties. A cause de la position prépondérante de l'entrepreneur ce principe pourrait conduire à des solutions iniques. L'entrepreneur pourrait imposer au travailleur l'application d'une loi moins favorable que celle qu'il serait juste d'appliquer.

Il vaut mieux que cette dernière soit fixée directement par la loi. Pour la protection du travailleur il est opportun de ne pas accorder à la volonté des parties le premier rôle et de fonder la lex causae laboris sur une base objective.

Mais on pourrait douter de devoir insister sur ce principe dans les cas dans lesquels les parties ont convenu l'application d'une loi plus favorable au travailleur que celle prévue par les règles de conflits.

Il est bien connu que le droit international privé n'est pas neutre et que très souvent ses solutions sont influencées par un esprit de faveur envers certains intérêts et certaines institutions. L'esprit de faveur existant en droit interne s'étend aussi aux règles de conflits concernant la même matière. De nos jours, il est certain que partout dans le droit du travail il y a un esprit de faveur envers le travailleur et il serait naturel de projeter cet esprit au droit international du travail.

En tout cas, si la validité de la clause du choix de la loi applicable ne peut pas dépendre de la valeur intrinsèque des dispositions de la loi choisie, une clause soumettant le contrat de travail à une loi différente de celle fixée par les règles de conflits aurait la valeur d'une clause conventionnelle qui pourrait développer ses effets dans la mesure dans laquelle la loi matérielle déterminée par les règles de conflits le permet.

La validité de cette clause, même sous ce dernier sens, est utile dans les cas dans lesquels le lieu de travail se trouve dans un pays dont le droit du travail laisse à désirer, et où les règles de conflits soumettent le contrat de travail à ce droit.

Cinquième question. Je suis tout à fait d'accord avec le rapporteur que la lex laboris generalis doit être la lex loci laboris. Le rapporteur présente (exposé, pp. 343 et ss.) tous les arguments qui militent pour cette solution. Il n'y a rien à ajouter.

Sixième question. Je suis aussi d'accord avec le rapporteur que dans plusieurs cas il faut s'écarter de la lex loci laboris. Dans plusieurs cas il faut soumettre la relation de travail à un autre statut. Quels sont ces cas?

1. La lex loci laboris ne doit pas être appliquée si l'employeur n'a pas embauché le travailleur pour travailler dans un pays déterminé. La lex loci laboris doit être appliquée seulement si le lieu de travail est prévu, expressément ou

tacitement, par la volonté des parties et qu'il est prévu d'être le même pendant toute la durée de la relation du travail. Ce n'est que dans ce cas seulement que le lieu du travail doit être considéré comme le point de rattachement qui doit l'emporter sur tous les autres liens de la relation de travail.

Par conséquent la lex loci laboris n'est pas applicable dans les cas dans lesquels l'employeur engage des employés pour travailler dans des pays différents, ou partout où l'entrepreneur aurait besoin de leur travail. C'est ainsi, par exemple, que les relations de travail entre les entreprises qui ont des centres d'activité dans différents pays et leurs employés qui sont engagés pour travailler dans les différents lieux où ils seront envoyés ne sont pas réglées par la loi du pays où chaque fois ils se déplacent pour travailler. La loi, à laquelle la relation de travail est soumise, doit être la même et ne pas changer chaque fois que le travailleur change de place.

C'est ainsi que la volonté des parties par la détermination du lieu de travail joue indirectement un certain rôle pour la détermination de la loi applicable.

Dans les cas dans lesquels les parties n'avaient pas envisagé comme lieu du travail un pays déterminé, le rapporteur propose la loi du siège.

Je me rallie à sa proposition, mais je ne voudrais pas qualifier cette loi comme *lex delegationis*, car il n'est pas sûr que les travailleurs soient toujours embauchés au lieu du siège de l'entreprise.

Il va de soi que ce point de rattachement doit être admis si les services du travailleur doivent être déployés en un lieu qui n'appartient pas à la souveraineté d'un Etat (haute mer et espace céleste).

2. Je suis tout à fait d'accord avec le rapporteur en ce qui concerne le travail relatif à la navigation maritime, fluviale et

aérienne. Dans le premier cas c'est la loi du pavillon, dans les deux autres la loi du pays de l'immatriculation qui doivent être appliquées.

Le cas du pavillon de complaisance est vraiment épineux. A mon avis, le pavillon de complaisance ne prouvant pas un rattachement sérieux ne doit pas, tout au moins en principe, être pris en considération en droit international privé; à sa place doit être pris en considération le siège réel de l'entreprise de la navigation et, faute d'un siège stable, la nationalité de l'armateur.

3. Le rapporteur propose de soumettre toujours le contrat de travail des employés qui occupent dans l'entreprise une position élevée, un poste clef, à la loi du siège de l'entreprise.

De prime abord, pour l'application dans ce cas de la loi du siège de l'entreprise milite l'argument que ces personnes, à cause de leur haute position, sont censées être plus liées avec l'entreprise que les autres employés.

On peut cependant douter qu'une telle réglementation soit vraiment justifiée. D'abord une diversité de solutions selon le degré hiérarchique du poste de l'employé ne correspond pas à l'esprit démocratique de notre temps. Ensuite, il n'est pas toujours facile de dire si un poste est vraiment élevé ou non.

Le rapporteur (rapport, p. 348) remarque que si un cadre de l'entreprise « est déplacé, transféré d'un pays à l'autre, il ne serait pas opportun de faire dépendre la détermination de la loi compétente de ses déplacements. » Mais dans ce cas, l'employé n'est pas embauché pour servir dans un pays déterminé, et à cause de cela la relation de travail doit être soumise dans tous les cas à la loi du siège de l'entreprise (voir ci-dessus, chiffre 1).

4. Le rapporteur propose l'application de la loi du siège de l'entreprise « si le travailleur est un représentant commercial ou

un agent d'affaires, un commissionnaire, un placier, courtier commis voyageur ou démarcheur ne travaillant pas sur et pour son propre compte ».

Le rapporteur appuie son opinion sur l'argument que ces personnes doivent être considérées comme occupant un poste élevé.

Tout d'abord, je doute que l'on puisse considérer les placiers, les courtiers, les commis voyageurs comme des personnes occupant un poste élevé dans une entreprise.

Mais même si on leur attribuait cet honneur, je ne serais pas d'accord sur la proposition du rapporteur de concéder aux cadres de l'entreprise une place particulière (voir ci-dessus, chiffre 3).

5. Le rapporteur envisage les cas dans lesquels l'employeur est le chef d'un Etat étranger ou une personne bénéficiant de l'immunité diplomatique ou consulaire et dans lesquels le travailleur est de la même nationalité, et le rapporteur propose pour ces cas la loi nationale commune des parties.

Le premier de ces cas, c'est-à-dire le cas du chef d'un Etat qui engage du personnel pour travailler dans un pays étranger déterminé est très rare; par contre, le deuxième cas, c'està-dire le cas des diplomates qui engagent à leur service des personnes de la même nationalité se présente assez souvent.

On pourrait régler les deux cas sous la même rubrique en parlant simplement des personnes bénéficiant du privilège de l'immunité qui engagent des compatriotes pour travailler à l'étranger.

Pour l'application de la loi nationale des parties militent dans ce cas le caractère officiel de l'employeur et la nationalité commune des parties.

6. Si l'employeur est un Etat étranger ou une autorité étrangère et si le travailleur est de la même nationalité, le rapporteur propose l'application de la loi de l'Etat et de l'autorité en question. Je me rallie à son opinion.

Il va de soi que nous parlons ici des relations de travail de droit privé; les relations de travail de droit public sont soumises en tout cas à la loi de l'employeur.

Le rapporteur (rapport, p. 355) pense que la solution ci-dessus préconisée pourrait être justifiée « par le fait que l'Etat et ses autorités publiques jouissent d'une immunité procédurale et sont exempts de la juridiction de l'Etat territorial ». Je préfère ne pas mêler la question de la juridiction avec la question de la loi matérielle applicable dans l'espèce; d'ailleurs les Etats et leurs entités autonomes ne jouissent pas toujours d'immunité.

7. Dans le cas de relation de travail entre époux, le rapporteur propose la loi de leur domicile ou de leur résidence matrimoniale commune.

Je ne pense pas que, dans ce cas, il y ait des raisons suffisantes pour s'éloigner du point de rattachement général, c'està-dire du lieu du travail. D'ailleurs dans le plus grand nombre des cas la lex laboris specialis proposée par le rapporteur va coïncider avec la lex laboris generalis.

En tout cas les relations de travail entre époux peuvent poser des problèmes de qualification entre les règles des conflits sur les relations de travail et les règles des conflits sur les relations personnelles ou patrimoniales des époux.

8. Le rapporteur propose l'application de la loi nationale commune des parties « si le travailleur est un domestique rendant des services de nature familiale au patron et s'il est de la nationalité de ce dernier et a été emmené par le patron avec lui à l'étranger pour un séjour temporaire ».

Je trouve que l'application de la loi nationale commune des parties dans ce cas est justifiée à cause du caractère personnel des services. Je pense qu'on pourrait élargir le cadre de l'application de la loi nationale commune à toute personne rendant au patron des services personnels, comme par exemple aux secrétaires privés, aux précepteurs, aux médecins, aux dames de compagnie, etc.

9. Malgré cette multiplicité des points de rattachement il y aura des cas qui ne tomberont pas dans les conditions de l'application ni de la lex laboris generalis ni d'une des leges laboris speciales. Le rapporteur propose dans ces cas l'application de la lex loci contractus.

Pour ma part, je préfère soumettre, dans ces cas, la relation de travail au proper law of the contract. Les cas qui ne tombent pas sous un des points de rattachement ci-dessus mentionnés seront, tout au moins en règle générale, compliqués et très différents l'un de l'autre pour trouver un point de rattachement commun qui pourrait les satisfaire tous. Le point de rattachement du lieu de la conclusion du contrat de travail, d'une part, pourrait être tout à fait accidentel et, d'autre part, pourrait être choisi par le patron au détriment des intérêts du travailleur.

Septième, treizième et quatorzième questions.

- I. Je pense qu'il serait mieux de procéder à l'étude des assurances sociales dans le cadre international, après avoir fini l'étude du problème des relations entre le patron et le travailleur. Selon mon avis, le problème des assurances sociales sur le plan international présente plusieurs particularités et il est préférable de le régler par des traités internationaux spéciaux.
- II. Les problèmes « concernant la détermination de la loi compétente pour les relations procédurales dans les litiges en matière de droit du travail » ne présentent pas, en effet, un intérêt particulier. Je suis donc d'accord avec le rapporteur « de ne pas les analyser dans notre projet de Résolution ».

D'autre part, je propose de méditer la question de savoir si, pour mieux protéger les travailleurs, il ne serait pas opportun de s'occuper de la compétence internationale et de l'exécution des jugements étrangers dans le domaine des litiges de travail.

Huitième question. Le rapporteur propose de soumettre la capacité des parties à la lex causae, c'est-à-dire à la lex laboris generalis ou à la lex laboris specialis.

Je doute qu'il soit nécessaire de s'éloigner ici des principes généraux réglant la capacité des parties. Les règles sur la capacité des parties ont pour but en premier lieu de protéger la personne et c'est en conséquence en premier lieu la lex personalis qui doit être appliquée. En outre, pour sauvegarder la sécurité des transactions, plusieurs Etats ajoutent que les actes juridiques opérés dans le pays par un étranger incapable d'après sa lex personalis doivent être considérés comme valides si cet étranger, d'après la lex loci actus, était regardé comme capable.

En dernière analyse, du point de vue pratique, la solution préconisée par le rapporteur ne s'éloigne pas beaucoup des solutions auxquelles nous aurait amené la lex laboris generalis. En effet, le lieu de la conclusion du contrat de travail et le lieu de son exécution, dans le plus grand nombre des cas, coïncident et, d'autre part, dans la plupart des Etats le contrat est valide si les parties sont capables d'après la loi du lieu de la conclusion du contrat.

Spécialement pour ce qui concerne la capacité de la femme mariée, je pense qu'il faut, tout au moins en principe, appliquer la loi qui règle les relations personnelles des époux.

Neuvième question. En ce qui concerne la forme du contrat de travail, le rapporteur propose la lex causae, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, la lex laboris generalis et dans certains cas exceptionnels les *leges laboris speciales*. Il propose cette loi, parce qu'il pense qu'elle « assure le mieux la protection du salarié et de l'intérêt public, ainsi que la sécurité des transactions ».

Pour ma part, j'aurais préféré l'application du principe locus regit actum dans sa portée facultative. En suivant ce principe, le contrat de travail serait valide, du point de vue de la forme, s'il est conforme à la loi du pays de sa conclusion ou à la loi du pays qui régit son fonds ou même à la loi de la nationalité commune des parties.

Dans la grande majorité des cas, celui qui s'intéresse à sauver la validité du contrat de travail conclu sans formalités, c'est le travailleur. Pour sauvegarder ses intérêts il faut être généreux en ce qui concerne la forme du contrat de travail. Il est donc opportun de rester fidèle au principe locus regit actum dans son sens facultatif qui peut sauver, quant à la forme, la validité du contrat si celui-ci est conforme à la loi du lieu de sa conclusion ou à la lex causae ou même à la loi de la nationalité commune des parties.

Naturellement si la loi du lieu de travail impose pour la validité du contrat une formalité de façon impérative, celle-ci doit aussi être remplie. Il sagit d'un cas d'ordre public.

Dixième question. Je suis tout à fait d'accord avec le rapporteur que la « validité intrinsèque, les effets, l'interprétation, les modalités d'exécution, la rupture et l'expiration des contrats de travail » comme questions de fond doivent être soumises à la lex causae du contrat, c'est-à-dire dans la règle à la lex laboris generalis et dans certains cas à la lex laboris specialis.

Onzième et douzième questions.

I. Les contrats collectifs de travail font partie de l'ordre juridique applicable aux contrats individuels de travail. A cause de cela ces derniers sont soumis en principe aux contrats collectifs appartenant à l'ordre juridique qui leur est applicable.

II. Ce principe n'est pas valable si le contrat collectif de l'ordre juridique applicable en l'espèce ne s'applique pas qu'aux contrats de travail individuels qui s'exécutent dans le territoire du pays. Dans ce cas, les contrats individuels de travail, quoique soumis à l'ordre juridique dont le contrat collectif de travail fait partie, ne sont pas soumis à ce dernier, si le locus laboris se trouve à l'étranger.

III. D'autre part, si un contrat individuel de travail n'est pas soumis à l'ordre juridique du *loci laboris*, les contrats collectifs du pays dans lequel le travail doit être exécuté ne peuvent pas être appliqués.

Néanmoins, si dans ces contrats collectifs figurent des dispositions du niveau de l'ordre public international, ces dispositions seront appliquées aux contrats individuels de travail qui seront exécutés dans le territoire du pays du contrat collectif respectif, même s'il s'agit de contrats individuels de travail qui sont soumis à un ordre juridique étranger.

IV. C'est ainsi qu'il est possible qu'un contrat individuel de travail soit soumis à deux contrats collectifs de travail appartenant à deux ordres juridiques différents. L'un de ces contrats collectifs s'applique comme appartenant au statut applicable dans l'espèce, l'autre s'applique pour des raisons d'ordre public.

Dans ces cas de conflits entre deux contrats collectifs de travail, quel est celui qui doit avoir la prépondérance? Dans le pays où le contrat de travail individuel doit être exécuté, c'est le contrat collectif de ce pays qui a la supériorité; par contre, dans tous les autres pays, c'est le contrat collectif de la lex causae qui doit avoir la prépondérance.

Quinzième question. Je ne vois pas, pour le moment, pour quelles raisons on devrait s'occuper, dans notre Résolution, des problèmes généraux du droit international privé (qualification, renvoi, ordre public, fraude à la loi, etc.).

Cela ne serait nécessaire que si on constatait que les problèmes généraux ci-dessus mentionnés pourraient et devraient prendre, par rapport à notre matière, une solution spéciale, qui serait contraire aux solutions généralement admises ou qui pourrait être dépourvue des équivoques existant dans la doctrine générale de droit international privé.

Charalambos Fragistas.

### 4. Observations de M. Ph. Francescakis

Paris, le 17 avril 1969.

- 1. Principes directeurs.
- 2. Cette question théorique dépend, me semble-t-il, du sens que l'on attribue à l'expression « droit international privé ». Si, comme vous semblez l'admettre implicitement, on doit tenir cette expression pour synonyme de « système de règles de conflits de lois », je partage entièrement votre avis selon lequel les relations internationales du travail peuvent poser des problèmes auxquels ce type de réglementation ne convient pas.

Cependant, le courant doctrinal qui a mes préférences attribue aujourd'hui à l'appellation « droit international privé » un sens large. Il désigne par là en substance la branche du droit qui a pour objet la réglementation des relations internationales affectées par la diversité des sytèmes de droit interne. Il n'attache pas une importance particulière aux procédés par lesquels cette réglementation est réalisée (détermination unilatérale du domaine d'application des lois, règles de conflit proprement dites, règles dites matérielles), pas plus qu'à la distinction entre droit privé et droit public.

Dans cette seconde acception, il ne fait pas de doute que le « droit international du travail » (et plutôt le « droit du travail international », si l'on veut suivre l'usage, maintenant répandu, de réserver l'appellation « droit international du travail » au droit de source proprement internationale) relève indiscutablement du droit international privé.

En accord, en tout cas, avec vous sur ce que les règles générales des conflits de lois ne suffisent pas pour résoudre nos problèmes, je souhaiterais en outre, dans l'esprit de la conception large qui vient d'être invoquée, que le champ de réflexion de notre Commission englobe le droit conventionnel élaboré par l'Organisation internationale du Travail.

En effet, une réglementation purement « conflictuelle » des relations internationales de travail part, naturellement, de l'hypothèse de la diversité des législations internes en la matière, mais aussi prend son parti de cette diversité et finalement peut, à tort ou à raison, donner l'impression de la consolider

Or, les efforts déployés depuis bientôt un demi-siècle par l'OIT tendent, au contraire, à l'unification des législations internes, autant que possible par leur accession commune à un niveau supérieur de promotion du travailleur.

Il me semble que l'Institut ne devrait pas ignorer cet effort et qu'il est même dans sa mission de saisir cette occasion pour le seconder.

Concrètement, je vous soumets l'idée que notre future résolution affirme qu'en la matière les normes posées par les conventions de l'OIT représentent un « standard » international qu'il convient de respecter. Cela devrait pouvoir permettre à l'Etat lié par la convention contenant les normes en cause de

considérer celles-ci comme d'ordre public international et de les appliquer nonobstant la soumission de la relation en cause à la loi d'un Etat qui n'est pas lié par la convention.

3. — Non. Mais il faudrait ne pas perdre de vue que — ainsi, du reste, que vous le notez vous-même à divers endroits du rapport — certaines lois internes concernant le travail se présentent (pour s'en tenir à la terminologie traditionnelle) comme des lois « de police » ou « d'ordre public ». Ces lois posent la question de savoir si leur effet peut être réglé au moyen de règles de conflit de lois proprement dites, ou bien s'il faut respecter pour chacune d'entre elles la délimitation unilatérale par chaque Etat de leur domaine d'application.

La première solution est sans doute plus « internationaliste » que la seconde. Mais si notre résolution la fait sienne sur toute la ligne, elle devra, me semble-t-il, se préoccuper de la mesure dans laquelle de pareilles lois sont, quand même, applicables du chef de l'ordre public.

- 4. Le principe pourrait être admis mais, sans doute, audelà de certains minima déduits des conventions de l'OIT (voir réponse n° 2, in fine).
  - 5. La loi du lieu du travail.
- 6. Je crains que l'expression lex laboris specialis ne prête à confusion. Dans le langage traditionnel, le mot lex est réservé à la loi interne applicable. Or, en l'occurrence, ce n'est pas la loi interne applicable qui est spéciale mais la règle de conflit qui désigne cette loi 1.

De toute manière, je suis d'avis que notre future Résolution ne devrait pas contenir des termes latins. Les arguments séculaires en faveur de la popularisation du langage juridique se renforcent aujourd'hui de la constatation, si regrettable qu'elle

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Comp. p. 340, in fine.

soit, qu'il y a de moins en moins de gens qui ont appris le latin.

Cette réserve de pure forme mise à part, les distinctions que vous proposez (points a) à i)) me paraissent témoigner d'une réflexion approfondie et les options correspondantes solidement motivées.

Encore, cependant, une remarque terminologique concernant le point h): en France le mot « domestique » revêt aujourd'hui un sens péjoratif; l'usage actuel voudrait que l'on parle plutôt de « gens de maison » ou d'« employés de maison ».

7. — La réglementation de la sécurité sociale au plan international semble appeler une coordination des régimes nationaux par traités diplomatiques, bilatéraux ou multilatéraux. C'est ce qui se fait actuellement.

Quant à la procédure, il me semble que la pratique judiciaire s'accommoderait difficilement de règles spécialement conçues pour les rapports internationaux.

En revanche, la question de la compétence judiciaire internationale et celle des effets des jugements pourrait utilement être abordée.

- 8. La loi du contrat.
- D'après l'une ou l'autre.
- Je suis de votre avis.
- D'après la loi du lieu du travail, dans la mesure où elle se présente comme une « loi de police ».
  - 12. D'après la loi du lieu du travail; b) idem; c) idem.
  - 13. Voir la réponse à la question 7.
  - 14. Je suis de votre avis.
  - I5. Je suis de votre avis.

Ph. Francescakis.

### 5. Observations de M. Ronald H. Graveson

10 March 1969.

1. May I first pay tribute to Professor Szászy's learned and constructive report in his preliminary exposé of this subject. He rightly indicates the presence in many countries of foreign workers as one of the characteristics of our age, and brings together the leading authorities in his review of the material which can throw light on the problem. Yet this problem, widespread and important as it is, is not the only one requiring attention from the point of view of private international law. It is not without significance that the author of this report was unable to obtain very much help from English writings on the private international law aspects of labour law. There may be several reasons for this dearth of authority in the United Kingdom, of which perhaps the main one is not a lack of interest. but the special status of trade unions which the writer discussed in 1963. Shortly, the problem is created by the situation that many of the activities and arrangements, the contracts and liability in tort of trade unions and the relations between the various parts of industry exist outside the legal system and to this extent raise a difficult problem of classification in the context of private international law. Most obviously, they raise the question of the extent to which the legal position of a trade union in its country of incorporation is entitled to recognition in other countries, and to what extent its immunity from liability in tort or contract is likely to be recognised outside its country of incorporation. It leads to the further question of the extent to which judgments which may eventually be given against it outside its country of incorporation are capable of enforcement against its property in the country in which it is

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> "The Status of Trade Unions", 7 Journal of the Society of Public Teachers of Law (New Series) 121.

incorporated.¹ No one in the United Kingdom is better qualified than Professor Kahn-Freund to speak on the conflict of laws aspects of labour law, and it is to be hoped that the reports of the Second International Congress on Labour Law held in Geneva from 12th to 14th September 1957, at which our Colleague reported for the United Kingdom, can be supplemented with special reference to the aspects of the subject which are now considered by Professor Szászy.

It is suggested the problem of labour law is to a great extent a problem of reconciling individual freedom with public regulation of conditions of work. This need for reconciling two diverse factors is complicated also by the practical need for achieving an effective solution of the problem to which Professor Szászy draws attention, namely, the widespread movement of foreign workers. The possibility of applying one choice-oflaw principle rather than another might well depend upon the way in which this movement of workers was organised. A situation in which an individual agrees with some foreign firm to take employment for a period does not necessarily present the same legal problem as a collective or mass movement of workers undertaking seasonal work in a foreign country under arrangements made between their governments. In the first case one would incline towards the principle of autonomy and in the second to the acceptance of standard terms of a contract of adhesion. These extreme cases illustrate the difficulty of generalising in the search for an applicable law. The scanty English authority, for example, treats contracts of service in the same way as other contracts, governing their essential validity by the proper law.2 In the United Kingdom report at

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> See "The Status of Trade Unions" (above) at p. 127.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> South African Breweries v. R., [1899] 2 Ch. 173; [1900] 1 Ch. 273: In re Anglo-Austrian Bank, [1920] 1 Ch. 69: M'Feetridge v. Stewarts & Lloyd, (1913) S.C. 773.

the Geneva Conference, Professor Kahn-Freund rightly drew attention to the relevance of various facts varying according to the grade at which a particular contract of employment exists. The headquarters of an organisation became more important for employees of the highest rank, who would be liable to be sent to various parts of the world on business commissions. Taking account of the variety of factors, notably the place of performance of the work and, in the case where performance may be spread over many countries, the situation of the employer's establishment, it would seem that a broad principle would be most acceptable to govern the contract of work, and it is difficult to think of a more appropriate one than that of the proper law of the contract. The problem, however, in respect of this choice is that in many cases it will involve the decision of a court of law as to what is the proper law of the contract, unless the parties have expressly stated the applicable law, something that is not always likely to have happened. Is it practical and realistic to propose the proper law of the contract to cover cases, most of which will never come before the courts and in many of which no express choice of applicable law will be made by the parties? This is the practical problem in which it may be necessary to sacrifice one's academic preferences and rational convictions in the interest of a more practical certainty of applicable law. It may be that a solution of this dilemma of ascertainment of the proper law may be found in establishing a presumption in favour of the law of the place of execution of the work, which can be rebutted by express choice of parties in favour of the general proper law.

The subject of the Second International Congress on the Law of Work, held in Geneva in 1957, was the Conflict of Laws concerning Labour Law, International Norms and General Principles. The reports and the conclusions of this Congress

have been considered by Mlle Marthe Simon-Depitre, together with her own comments, in a valuable study, "Droit du travail et conflits de lois devant le deuxième Congrès international de droit du travail", in 47 Revue critique de droit international privé, 1958, p. 285. Her principal conclusion is to indicate two great gaps in the law; the first relates to employees in international transport of various kinds, and the second to social security.1 Certain aspects of international labour law are more appropriate for convention than others. One is therefore tempted to accept the first alternative presented by Professor Szászy, at p. 339 of his exposé, of preparing the text of a convention. Nevertheless, taking account of the whole wide range of the subject and the variety of topics within it, it would seem better, as indeed Professor Szászy finds, to accept the alternative of stating the principles that should govern conflict of laws in this matter and to express the hope that states may adopt them in the most appropriate way.

Nevertheless, the law of work does not appear to have any greater peculiarities than other topics which are considered and comprised in private international law, and one wonders whether there exist convincing reasons why this topic should not be brought within the existing framework and principles of the subject. Accordingly, it is rather difficult to accept the submission of Professor Szászy in paragraphs 7 and 8 (pp. 339-340) of his exposé. There is no reason why this difficulty, however, should prevent the acceptance of his proposal of a principle of the general law of work, provided that this general law of work, which he defines at p. 341 as the law of the country where the work should be carried out, may be treated as one aspect of the proper law of the contract, which would often point to the place of performance of the agreement. It is

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Pp. 318-319.

uncertain whether one can generalise, for example, in the moving words of the Reporter at p. 341. Can one agree that "the object of the social relations regulated by the law of work is work" (at p. 341)? Is not work rather part or one only of the objects of these relations? What is no less important, it is submitted, is the life of the workers in general, for work is for most of them not an end in itself but merely a means to the end of freedom from work and a fuller life. It is true (p. 342) that the lex loci laboris furthermore coincides in the majority of cases with the law of the party's domicile. In the sense of the law of the place where the work is to be performed, this may well be true in a normal case. But can it be said to apply in a typical situation of private international law, where the emplovee will probably be working away from his home? Partly this difficulty may turn on the various definitions of domicile in different legal systems, but even those differences do not account for the entire difficulty.

The various special laws of work admitted by the Reporter, paragraph 9 (pp. 347 ff.) are all aspects of what could well be the proper law of the contract. The example given by Professor Szászy in support of the special law of the place of the enterprise, notably in cases of the employment of teams in developing countries, is a convincing instance of the need for the application of a general concept of proper law.

The Reporter asks what scope should be given to the freedom of the will in the law of work (paragraph 12, pp. 363 ff.) and concludes (p. 366) in favour of a compromise in which the party may choose within the limits of permissive rules; in other words, the acceptance of the objective proper law limiting the freedom of parties to the area of rules defined as facultative or optional by the law of the place of work.

The law applicable to capacity to make a contract of work is considered unimportant. It is unlikely to give rise to practical

difficulties, although the theoretical problems involved could take long to resolve. Professor Szászy's proposal (at p. 371) of referring capacity to the law of the place of work is most satisfactory. I would even be inclined to exclude the exception which he admits (at pp. 372-373) in the case of infants or married women where the guardian or the husband opposes the making of the contract, on grounds permitted by the personal law of the parties.

Paragraph 18 (pp. 380 ff.) speaks of collective agreements. The Institute project of the Luxembourg meeting deals to some extent with this, and the Reporter proposes to deal with a number of problems arising. This is a good thing. One should also take account of the non-legal character of collective agreements, to which reference was made at the outset. I would agree with the Reporter (at p. 383) that the collective agreement should be considered partly like a rule of law and partly like a contract, provided always that by the law governing its creation it is intended to have legal effect rather than purely economic effect. A normal collective agreement in the United Kingdom, for example, between a trade union and an industry would be considered binding on the parties in honour but not in any legal sense: see the judgment of Mr. Justice Geoffrey Lane in Ford Motor Co. Ltd. v. Amalgamated Union of Engineering and Foundry Workers and others, The Times, 6 and 7 March 1969. Furthermore, such an agreement normally would not be regarded as having more than territorial application. It would appear, therefore, from the point of view of private international law that such a collective agreement could have no legal standing, whether its intended economic operation were national or international. Nevertheless, it is suggested that effect should be given to it so far as is possible, because its economic aspects, of such great importance in industrial relations, are the substance of the agreement, its legal character merely being the form or secondary machinery for enforcement. It is therefore suggested that an agreement of this kind should be recognised, so far as its nature permits, within the general principles of private international law.

After these general remarks, I will try to deal with some of the questions presented by the Reporter.

# Answers to Questionnaire:

- 1. The scope of the resolution should be (a) general rules (guide lines).
- 2. It is not possible to choose either alternative successfully. Private international law develops to take in new topics, of which labour law is one, but it develops from existing principles, and the main principle from which a development in this topic can take place is that governing contracts. It is accordingly suggested that the international law of work is based on the general principles of private international law, and notably on the concept of the proper law of contract, but it may be necessary to develop particular rules of contract and other concepts in order to deal with the special character of the subject.
  - 3. No.
- 4. Following from the answer to question 2, one should recognise the application of freedom of the will so far as is practicable in the special circumstances of contracts of employment.
- 5. It is suggested that the answer to this question is not itself any of the legal systems mentioned in the question, but the objectively ascertained proper law of the contract, which will in many cases be the law of the place of employment.
- 6. The same rule will apply to this question. The proper law takes in all the exceptions which have been anticipated by

the Reporter in this question, and would in most normal cases coincide with his own proposals, except possibly under (h).

- 7. It is not possible to bring all questions of social security under the same rule. Professor Kahn-Freund in his report at the 1957 Congress in Geneva drew the necessary distinction between various aspects of social security which should be subjected to different applicable laws.
- 8. I agree with the Reporter that capacity of parties should be governed by the general law of work.
- 9. This matter should be governed by the general principle of the proper law, which will normally be the *lex laboris* 
  - 10. The proper law again should govern these matters.
- 11. Insofar as collective agreements are purely territorial, all the matters referred to must be governed by the law of the country within which such agreements are made and operate. Insofar as they are intended to operate extra-territorially, and thus may involve questions of private international law, (a) their legal quality should be determined by the law of their creation, and (b) the other matters mentioned in question 11 should be determined by the proper law, which will in general be the lex laboris.
- 12. I would agree with the Reporter that the lex laboris should decide the various conflicts he mentioned, and it would be very convenient to establish this principle. One's only doubt is that very few systems contain adequate rules to solve the difficult conflicts mentioned, and although this problem is one for internal legal systems it cannot be ignored in making a reference of such problems to them through the general principle of the lex laboris. It is thought that rules of law may play a very limited part in any case in the solution of some of these conflicts.

- 13. Subject to what was said in answer to question 7, I am in agreement with the Reporter's proposals on question 13.
- 14. It is better to exclude questions of procedure, since they are generally independent of particular topics of private international law.
- 15. Generally, I agree with the Reporter. My only doubt relates to the special position of collective agreements in English law, since they have a non-legal quality and raise specific difficulties which are not generally discussed in private international law. It would appear convenient to discuss at least the law or laws applicable to the characterisation of these agreements.

R. H. Graveson.

## 6. Observations de M. Georges van Hecke

Louvain, le 21 avril 1969.

Avant de traiter dans l'ordre les différentes questions, qu'il me soit permis de féliciter chaleureusement le rapporteur dont l'exposé clair et documenté a très exactement situé les problèmes et facilitera grandement le travail de la Commission dans la matière vaste et difficile qui lui a été assignée.

- I. La Résolution doit se borner à indiquer des principes directeurs dont pourraient s'inspirer les juges et législateurs nationaux ainsi que les rédacteurs d'éventuelles conventions.
- 2. Il ne me paraît pas indispensable d'examiner cette question dans les termes où elle est posée. Les questions de caractère général et abstrait alimentent les querelles d'école mais sont peu aptes à résoudre les problèmes concrets qui se posent dans la réalité,

- 3. Encore que l'opportunité de faire usage des notions du « droit public » et du « droit privé » puisse être contestée, il paraît inévitable de faire une distinction entre, d'une part, les règles qui ont pour but de régler la relation de travail en vue de la protection d'une des parties (généralement le travailleur) et. d'autre part, les règles qui ont pour but de sauvegarder certains intérêts généraux de la collectivité comme par exemple la protection de la santé, la mise au travail des handicapés, la sécurité sociale ou la participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise. Certes, la distinction entre ces deux catégories de règles est-elle souvent délicate mais je crois qu'elle se marque principalement dans le fait que la mise en œuvre des règles du premier type est abandonnée aux parties tandis que la mise en œuvre des règles du second type est généralement assurée par des sanctions pénales et des interventions administratives. Ainsi un travailleur licencié peut-il par exemple renoncer à réclamer une indemnité du chef de préavis insuffisant ou conclure une transaction à ce sujet.
- 4. Il résulte de ce qui précède que le principe de l'autonomie de la volonté doit être admis lorsqu'il s'agit de l'application des règles, mêmes impératives, dont la mise en œuvre est abandonnée à l'initiative et à la disposition des parties. Je me réfère à un arrêt récent du Bundesarbeitsgericht (20 juillet 1967, AP 1968, p. 158) qui a admis l'autonomie de la volonté en matière de délai de préavis. Il est vrai que dans ce cas la loi tacitement choisie par les parties était celle du siège administratif de l'entreprise, ce qui correspond à la proposition du rapporteur sub 9 c) et d) de l'exposé préliminaire. Mais il me paraît qu'il faut aller plus loin et reconnaître aux parties la possibilité de choisir de manière expresse une loi même autre que celle du siège de l'entreprise. Prenons le cas, nullement imaginaire, d'une société panaméenne ayant son siège réel à

New York et qui engage, pour son bureau de Bruxelles, un citoyen helvétique chargé de voyager dans une série de pays européens pour en étudier le marché et y promouvoir la vente des produits de son employeur. Il me paraît que dans un tel cas les parties devraient être libres de soumettre leur contrat par exemple au droit suisse.

Les théories de l'ordre public et de la fraude à la loi pourront intervenir pour s'opposer au choix exprès dans les cas exceptionnels où son admission heurterait par trop le sentiment juridique du for.

5-6. — En l'absence de choix exprès, la loi régissant la relation de travail sera celle du pays avec lequel cette relation présente le rattachement le plus étroit (the objective proper law). Ce sera généralement, comme le propose le rapporteur, la loi du pays où le travail doit être exécuté.

Quant aux cas dans lesquels le rattachement le plus étroit sera avec un autre pays, il paraît difficile de les énoncer dans une série de règles subsidiaires, comme tente de le faire le rapporteur. Tout en reconnaissant le grand mérite de ses propositions, on peut estimer que certaines des règles spéciales qu'il propose sont sujettes à observations. Ce n'est pas le cas pour la règle concernant les contrats de travail pour la navigation maritime ou aérienne. Mais, pour la loi du siège de l'entreprise, on peut estimer que les critères de « cadre » et de « représentant commercial (et activités analogues) » sont peut-être trop rigides pour s'adapter à tous les cas de la pratique. La formule souple du « rattachement le plus étroit » paraît préférable. De même la nationalité commune des parties peut-elle constituer le rattachement le plus étroit dans des cas autres que ceux qui sont cités sub 9 e), f) et h) de l'exposé préliminaire.

7. — Ces questions sont à traiter séparément (voir la réponse à la question 13).

- 8. L'exposé préliminaire ne m'a pas convaincu. Dans les pays qui sont attachés à la notion du statut personnel, la permanence de ce statut entraîne la nécessité de soustraire la capacité au statut des divers actes particuliers. Si cette préoccupation est reconnue dans des matières aussi diverses que, par exemple, l'adoption et la lettre de change, on ne voit pas pourquoi elle ne devrait pas se faire sentir en matière de contrat de travail également. La commodité de l'employeur ne doit pas être la considération déterminante. Les exceptions au statut personnel que connaissent les différents droits pour tenir compte de la loi du lieu de conclusion du contrat (par exemple jurisprudence française, art. 7-3 EGBGB) suffisent à mon avis, de même que l'application de la loi du domicile en cas d'apatridie ou en vertu du renvoi, pour résoudre la plupart des difficultés.
- 9. Ici aussi l'exposé préliminaire ne m'a pas convaincu. Si la règle locus regit actum est admise pour des actes aussi importants que la reconnaissance d'un enfant naturel ou le contrat de mariage, on ne voit pas pourquoi elle ne serait pas admise pour la conclusion ou la rupture d'un contrat de travail. Il ne doit en être autrement que dans les cas où la formalité imposée serait de nature administrative (par exemple enregistrement auprès d'une autorité).
- 10. Ceci est par excellence le domaine de la loi régissant le contrat de travail telle qu'elle a été déterminée en réponse aux questions 4 à 6.
- 11-12. Il y a lieu de bien distinguer, comme le fait le rapporteur, les effets contractuels et les effets normatifs d'une convention collective.

En tant qu'on considère la convention collective comme un contrat, il faudra rechercher sa lex contractus qui ne peut, à

mon avis, être que la loi implicitement choisie par les parties. Les conventions collectives sont, à ma connaissance, toujours conclues dans un cadre national et ne semblent donc pas donner lieu, en tant que contrat, à des problèmes de conflits de lois. On doit toutefois s'attendre dans l'avenir à la conclusion de conventions collectives dans un cadre international. Dans ce cas il faudra, à mon avis, laisser aux parties le choix de la loi applicable et, en l'absence de choix, déterminer le rattachement le plus étroit. Les problèmes de capacité et de forme resteront toutefois soustraits à la lex contractus, comme en matière de conventions individuelles.

En tant qu'on considère la convention collective comme une norme, il faut d'abord examiner dans la convention ellemême, comme dans une loi, ce qu'elle dispose quant à son propre champ d'application. En cas d'absence de pareille disposition, comme en cas de conflit entre deux conventions collectives de pays différents, la convention collective applicable sera déterminée par la localisation du contrat individuel de travail selon ce qui a été dit en réponse aux questions 4 à 6.

13. — Il ne paraît pas possible de répondre à cette question de manière générale. Les accidents de travail sont probablement à traiter d'une manière différente de l'assurance maladie-invalidité.

En raison de l'organisation administrative qui caractérise de nombreuses branches de la sécurité sociale et qui comporte notamment la perception régulière de cotisations, il est nécessaire de disposer de critères plus simples et plus nets que celui du « rattachement le plus étroit » qui convient pour les relations contractuelles de travail.

Il paraît utile de faire l'inventaire des critères de délimitation utilisés tant dans les lois internes que dans les conventions bilatérales et multilatérales de sécurité sociale. On constatera probablement la grande importance de critères tels que le domicile du travailleur, la durée de sa mission à l'étranger, etc.

En raison de l'organisation administrative de la sécurité sociale il se pose également le problème de la possibilité pour une autorité administrative d'appliquer une loi étrangère. Si cette possibilité semble être admise dans certaines conventions récentes en ce qui concerne les prestations dues aux assurés, elle paraît en revanche être encore toujours exclue en ce qui concerne la perception des cotisations.

- 14. Il paraît en effet préférable de ne pas étudier ces questions dans le présent cadre.
- 15. Ces questions peuvent également être laissées en dehors du champ de travail de la Commission.

G. van Hecke.

### 7. Observations de M. C. Wilfred Jenks

27 August 1969.

My dear Colleague,

I trust that you will forgive my having taken so long to reply to the questionnaire contained in your excellent preliminary report. I have been under exceptionally heavy pressure in recent months.

I have found the report most stimulating and would like to congratulate you upon it.

I would prefer, for reasons which you will appreciate, to reserve my views on any questions of detail which may be controversial until I have a fuller picture of the different views which may have been expressed and the reasons given for them.

I have no such hesitation about expressing a view now concerning the more general questions which you raise; in

regard to these I am in substantial agreement with your views as expressed in your report.

I agree that it would be wiser to envisage a resolution setting forth general principles rather than a draft convention.

In my judgment there is nothing to be gained by exploring in this context questions which are largely doctrinal rather than practical in character, such as whether international labour law should be regarded as a part of private international law, whether any distinction should be made in the field of labour law between public and private law, and whether social security and labour disputes should be regarded as falling within the scope of labour law. The practical questions can and should be resolved without prejudice to doctrinal divergences concerning these matters.

I also agree that it would be inappropriate to consider in the context of the present discussion general questions of private international law such as characterisation, ordre public, renvoi, etc.

There is, as I understand the position, an important difference of scope between the question now being examined by the Sixteenth Commission and the question considered by the Institute at Luxemburg in 1937. The previous discussion, and the resolution adopted in 1937, were limited to contracts of employment; the question now under consideration is labour law which includes both contracts of employment and many other things. It is in my judgment important to keep this difference of scope constantly in mind in considering the terms of the proposed resolution.

Given the scope of the subject it seems to me clear that the lex loci laboris must be regarded as generally applicable.

There will, however, inevitably be special cases in which some other law is substituted for the lex loci laboris. The

problem therefore becomes largely one of defining these special cases.

I have been greatly impressed by the manner in which Professor Kahn-Freund has dealt with the analogous problem of delictual obligations in private international law in his report on the subject submitted to the present session of the Institute. The solution which he has adopted of affirming a general principle and giving illustrations rather than limitative definitions of exceptions to it is one which you may perhaps care to consider.

There is one final point on which I would like to place special emphasis. In labour matters it is of great importance to avoid unnecessary complexity and unnecessary technicalities. In considering the number and scope of exceptions to the principle of lex loci laboris every effort should therefore be made to ensure that the exceptions are as clearly defined and as clear-cut in operation as possible. Where particular labour relationships are governed partly by law and partly by contract it is desirable that they should remain subject, so far as possible, to a single legal system. People who are employed together should normally be subject to the same law. Employers operating, perhaps in competition with each other, within the same jurisdiction should normally be subject to the same law. The provisions of international conventions will frequently make it necessary that persons employed within the same jurisdiction should be subject to the same law. These are all solid reasons for being somewhat conservative in recognising that the lex laboris generalis may be superseded in particular circumstances by a lex laboris specialis.

I look forward to having the pleasure of discussing these matters further with you in Edinburgh.

With kind regards,

Yours sincerely.

C. Wilfred Jenks.

### 8. Observations de M. Rodolfo De Nova

Pavia, March 31, 1969.

My dear Colleague and Friend,

I hope I am not too late in answering the questionnaire which is attached to your very valuable preliminary report on the conflicts of laws arising out of labor relationships.

I agree with you on the basic choice favoring the law of the place where the main or typical work has been or was to be carried out according to the contract in question. I only suggest that the *lex loci laboris* should not cover, simply as such, also matters of form and general capacity. These should be left to the usual solutions. I think it convenient, in fact, that a balance be struck between the technique of finding a governing law for a particular type of relationship and the technique of setting apart certain elements of every transaction (such as formal validity) for special conflicts treatment.

I also approve in principle of your list of leges laboris speciales. I would not make an exception, however, in favor of the law of the State which is a party in a labor contract with one of its own citizens, unless the relationship falls outside the field of private law, the worker taking up the position of a civil servant (lato sensu). In the latter case only, to my mind, your reference (p. 355) to the principle of exemption of a State from the jurisdiction of foreign courts appears to be well founded in international law.

Allow me to point out, in passing, that your suggestion (p. 342) about the lex loci laboris being the best choice for the additional reason that it coincides usually with the lex domicilii of the parties, the lex patriae of the employer, the lex loci contractus and the lex fori, puts in the forefront of the discus-

sion those situations which are of little or no interest precisely from the point of view of private international law, because they present no conflicts, practically, or almost none.

May I mention another little detail, for the sake of perfectionism? Apropos of "autonomie de la volonté", it seems to me that you misuse (pp. 363 ff.) the current terminology by calling "objective" the doctrine which considers the problem of the autonomy of the parties as pertaining to substantive law rather than to conflict of laws, and "subjective" the view according to which the rule allowing the choice of the applicable law by the parties is a real conflicts rule, whereas—as far as I now remember-both the objective and the subjective theories are usually presented as divisions within the latter trend: the "objectivists" maintaining that the "volonté des parties" is just one clue, among many others, on the way to the discovery of the proper law of the contract, and the "subjectivists " maintaining on the contrary that the "volonté des parties" is (within certain bounds, perhaps) quite sufficient to the purpose, is, one might say, a conclusive "rattachement" by itself.

And now to the "questionnaire". Here are my tentative answers:

#### General rules.

- 2. I believe that labour relationships can be dealt with, at least in part, according to the technique of choice of law: hence I would include them within the field of private international law, even though special conflicts rules may have to be devised for them.
- 3. Yes, although the question will lose much of its importance if the *lex loci laboris* is chosen as the law of the labor relationship.

- 4. The choice of the applicable law by the parties should be immaterial, for conflicts purposes, in the matter under consideration.
  - Lex loci laboris.
- 6. Yes, except for letters (e) and (f), in which cases I do not feel the need for a lex specialis. Sed quaere.
  - 7. -- No.
- 8.— One should distinguish between the capacity to agree personally to a contract of employment and the legal capacity to carry out a certain type of work (e.g., minimum age for heavy toil). The former question relates to capacity proper, and should come under the lex capacitatis; the other question I would leave to the lex loci laboris, whithout any exceptions in favor of a lex specialis laboris.
- 9. Formal validity should depend on the *lex laboris*, or the *lex loci actus*, or, maybe, the *lex personalis communis* of the parties, with the usual favor validitatis.
  - 10. Lex laboris generalis or specialis.
- 11. No difference in principle between collective and individual agreements.
  - 12-13. Lex laboris generalis or specialis.
- 14. I would leave out all questions pertaining to procedure.
  - 15. No.

With best regards and sincere compliments, I am, cordially.

Rodolfo De Nova.

#### 9. Observations de M. Fritz Schwind

Wien, 9 avril 1969.

L'exposé est excellent dans sa profondeur et représente un travail précieux englobant une quantité remarquable de solutions possibles. Néanmoins j'ai l'impression qu'il ne peut — du point de vue autrichien — représenter une base de discussion sur les règles générales du droit international du travail, étant donné que nos conceptions respectives montrent des différences trop considérables. Je suis cependant entièrement de l'avis du rapporteur, qu'il ne faudrait préparer que des règles générales et pas de projet de convention.

Comme la doctrine et la juridiction en vigueur chez nous partent d'une division du droit du travail en un domaine concernant le droit public et un autre concernant le droit privé, cette même division doit se faire nécessairement pour le droit international du travail.

Il s'ensuit qu'on appliquera pour le droit du travail assigné au droit privé, les règles du droit international privé, et pour celui assigné au droit public, le principe de la territorialité.

Vu ce double aspect du droit international du travail, nous sommes — de notre point de vue — dans l'impossibilité de trouver un point de rattachement unifié; une telle unification ne répondrait guère aux méthodes différentes du droit privé et public.

Pour la partie du droit du travail concernant le droit privé sont donc applicables les règles du droit international des obligations.

Dans la partie concernant le droit international public, par contre, on ne cherche pas le droit applicable, mais, suivant le principe de la territorialité, la question doit se poser comme suit: Appliquons-nous ou non notre droit public? (cf. Gamills-cheg, Intern. Arbeitsrecht, 1959, p. 9)

La délimitation, certainement pas aisée à effectuer, entre les deux parties mentionnées ci-dessus, ne doit pas se confondre avec celle entre ius cogens et sus dispositivum, car ces derniers existent également pour le droit privé même. Cette dernière distinction ne se fera pas d'après la lex fori, mais selon le statut du travail respectif, tandis que la délimitation entre droit privé et public se fera selon la méthode « formelle et organisatrice ».

Un point de rattachement unifié ne se laisse même pas trouver pour la seule partie du droit international des obligations, même si l'on s'efforce de suivre et d'établir le principe recteur du droit international privé — le principe der engsten Beziehung — ou comme dit Schnitzer, de trouver die charakteristische Leistung.

Il est enfin impossible de trouver un point de rattachement unifié pour *l'ensemble* du droit international du travail.

Le droit du travail est, chez nous aussi, une discipline académique, mais selon l'origine de ses normes, il suit les principes du droit respectif dont il est parti.

Vu qu'on ne peut unifier les aspects du droit privé et public, il faut avoir les mêmes égards vis-à-vis du droit *international* du travail.

A ce moment-là, il y aurait peu de profit à répondre au questionnaire: à mon avis, il faudrait d'abord clarifier les notions fondamentales; et ce n'est qu'après une étude approfondie à ce sujet qu'une discussion de questions aussi détaillées pourra être féconde — but qui sera le moteur de nos efforts et travaux communs dans les temps à venir.

Fritz Schwind.

### 10. Observations de M. Manlio Udina

Trieste, le 21 mars 1969.

Mon cher Confrère.

J'ai lu avec beaucoup d'intérêt votre excellent exposé préliminaire sur les problèmes concernant la solution des conflits de lois en matière de droit du travail, qui fait l'objet des travaux de notre Commission. Cet exposé nous donne un tableau vraiment complet de l'état de la doctrine et du droit positif sur le sujet, en offrant ainsi un matériel précieux à notre méditation.

Comme je ne veux pas dépasser de trop le terme aimablement fixé dans la lettre d'envoi, afin de vous permettre de rédiger le rapport provisoire avant la session d'Edimbourg de l'Institut, je me bornerai ici à répondre brièvement au questionnaire qui nous a été adressé à la fin dudit exposé, suivant l'ordre numérique de celui-ci.

- I. Il est opportun de fixer, dans la Résolution que l'Institut devrait adopter à la conclusion de nos travaux, des principes directeurs sur lesquels attirer l'attention des Etats en vue d'une application de ces principes dans les systèmes internes respectifs de droit international privé et encore plus en vue d'une souhaitable stipulation de conventions multilatérales, surtout de la part de la Conférence de droit international privé de La Haye mais aussi, éventuellement, de la part des différentes organisations régionales (Conseil de l'Europe, Conseil d'assistance économique mutuelle des pays de l'Est, Organisation des Etats américains, Organisation de l'unité africaine) plutôt qu'en vue d'une adoption des principes mêmes au moyen d'accords bilatéraux.
- 2. Le « droit international du travail », à la rigueur, rentre, en partie, dans le droit international dit public et en partie dans

le droit international privé. Mais le rapporteur emploie vraisemblablement l'expression « droit international du travail » seulement en se référant aux règles de conflits en matière de travail. A ce propos, on doit ajouter que le droit international privé du travail n'est pas une branche autonome du droit interne en matière internationale mais seulement une partie spéciale du droit international privé commun de chaque Etat; par conséquent, si l'Etat n'a pas pourvu à édicter des règles de conflits spéciales, les problèmes qui surgissent en matière de travail doivent être résolus sur la base des principes communs de son propre droit international privé.

- 3. Il est peut-être nécessaire de faire une distinction, dans le domaine du droit du travail, entre les règles relevant du droit public et celles relevant du droit privé, surtout si l'on veut y faire rentrer à côté de la réglementation des rapports contractuels de travail subordonné ou même autonome aussi les règles du droit de l'organisation syndicale et celles concernant la prévoyance sociale ou même la sécurité sociale en général.
- 4. Aussi, pour les règles de conflits qu'il faut élaborer en matière de travail, il convient d'avoir recours comme c'est en général le cas pour tous les rapports obligatoires contractuels tout d'abord au principe de l'autonomie de la volonté pour ce qui a trait à l'application des règles dérogeables de droit privé aux rapports en question.
- 5. Au cas où les sujets qui participent au rapport n'ont pas choisi la loi applicable audit rapport, le critère vraisemblablement le plus convenable pour le choix de la loi devrait être celui du lieu où le travail est exécuté et pourtant on devrait faire recours à celle que le rapporteur appelle lex loci laboris generalis. Le critère de rattachement qui consiste dans le lieu d'exécution du travail ne serait dans ce cas qu'une

application d'espèce du principe plus général du lieu d'exécution des obligations contractuelles.

- 6. Si, par contre, étant donné les conditions particulières d'exécution du travail et l'indétermination du lieu d'exécution, il n'est pas possible d'appliquer la lex loci laboris generalis, il faut avoir recours, pour chaque catégorie de rapports à des critères subsidiaires qui conduisent à l'application d'une lex laboris specialis et vis-à-vis desquels je me rallie de façon générale aux propositions du rapporteur.
  - 7. -- Non.
- 8. Aussi, au sujet de la capacité des parties dans le contrat de travail, il serait convenable d'appliquer la lex laboris generalis ou specialis.
- 9. Pour ce qui a trait à la validité extrinsèque du contrat de travail, il conviendrait d'employer la plus grande largesse ainsi qu'il arrive, en Italie, en vertu de l'article 26 des Dispositions sur la loi en général et, partant, ladite capacité devrait être appréciée indifféremment d'après la lex loci laboris (ou une autre loi éventuellement choisie par les parties pour régler la substance des obligations), la loi du lieu de conclusion du contrat ou la loi nationale commune des parties.
  - 10. D'après la lex laboris.
  - Voir ci-dessus.
  - Voir ci-dessus.
- 13. Voir ci-dessus. Faute de lex laboris, en tant que loi territoriale de l'organe de l'assurance sociale, la loi commune des parties ou bien la loi du lieu de conclusion du contrat. Dans l'autre hypothèse, la lex obligationis.
- 14. En considération des raisons exposées par le rapporteur, il vaut mieux, peut-être, ne pas traiter les questions du

droit de la procédure concernant les rapports de travail rattachés aux systèmes juridiques de plusieurs Etats.

15. — A propos de la matière spéciale qui fait l'objet de notre examen il n'est pas opportun que l'on s'occupe aussi des questions ayant un caractère général et préliminaire, qui appartiennent au problème plus vaste du fonctionnement des règles de droit international privé.

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

Manlio Udina.

#### 11. Observations de M. Haroldo Valladão

Rio de Janeiro, le 11 juillet 1969.

Mon cher Confrère.

J'ai bien reçu votre exposé préliminaire et le questionnaire qui y était annexé concernant « Les conflits de lois en matière de droit du travail ».

Je tiens d'abord à vous féliciter chaleureusement pour votre magnifique travail : méthode, clarté, documentation très complète, discussion précise et appronfondie de toutes les questions. C'est un grand plaisir de coopérer avec un rapporteur comme vous : exemplaire à tous les points de vue.

Je vous demande d'excuser mon retard : j'ai eu une année très lourde et j'ai été même obligé de préparer la deuxième édition de mon traité de droit international privé et d'ajourner de quelques mois la publication du deuxième volume de la Partie spéciale, où justement j'ai un chapitre sur le conflit des lois en droit du travail.

1. Je crois que l'Institut doit adopter des Résolutions contenant des principes directeurs ou des règles générales sur la matière. Elles seront suivies, adoptées, invoquées, par les organisations internationales, l'ONU, l'OEA, la Cour internationale de Justice, et par les Etats dans leurs conventions, ou, dans l'ordre interne, dans les lois ou décisions des Cours de justice, etc.

2. Il doit être répondu à la question posée au numéro 2 en même temps qu'à celles posées aux numéros 15 et 3 parce qu'elles sont étroitement liées.

D'abord, le but de notre Commission est d'étudier les conflits de lois en matière de droit du travail. Ainsi tous les conflits de lois du travail quelle que soit leur nature, ainsi qu'on l'a fait, par exemple, pour les conflits de lois en matière de droit aérien (Résolutions de Bruxelles, 1963).

Il n'y a aucun sens à discuter en 1969 la question de savoir si on doit écarter en bloc certaines lois du droit du travail ou du droit aérien (ou maritime, etc.) parce qu'on les place sous la rubrique (!) du droit public et non sous celle du droit privé et si le droit international privé doit régler seulement les conflits de lois de droit privé...

Ce ne serait que recommencer, pour s'y perdre, des discussions académiques sans fin, entièrement périmées, dénuées d'intérêt pratique : distinction entre droit public et droit privé, inclusion dans le droit international privé des conflits de lois maritimes, aériennes, de procédure, pénales, fiscales, etc.

Ce que vous avez bien dit (exposé, nº 7, fine): « que le droit du travail fait éclater la distinction traditionnelle du droit privé et du droit public » — je l'ai soutenu longtemps (« Posição do DIP frente às dicotomias Internacional e Interno Público e Privado », 1962, et dans mon livre, Direito Internacional Privado, 1968, pp. 49 ss.) non seulement pour le droit du travail mais aussi pour le droit maritime, pour le droit aérien, pour le droit interplanétaire et même pour le droit international privé.

Dans toutes les Amériques, du Nord au Sud, en Espagne et au Portugal, dans les Traités de droit international privé de Montevideo, 1889 et 1940, dans la Convention de La Havane (Code de droit international privé *Bustamante*), le droit international privé comprend, en plus d'une partie générale, une large partie spéciale, avec les conflits de lois civiles, commerciales, pénales, de procédure, fiscales...

Et dans la révision du Code de droit international privé Bustamante, approuvée à la cinquième Conférence interaméricaine de jurisconsultes (El Salvador, 1965) on a délibéré d'ajouter — après le titre préliminaire (avec les principes généraux) et les Livres, I, Droit civil international; II, Droit commercial international; III, Droit pénal international, et IV, Droit de procédure international — un nouveau Livre, V, Droit du travail international. L'inclusion des conflits de lois de procédure dans le droit international privé (pour des détails, Valladão, Direito Internacional Privado, 1968, pp. 42-44 et notes) est courante même en Europe, dans la majorité des pays.

Conséquemment je réponds d'abord à la question posée au numéro 3 et je dis, non, il ne faut pas faire de distinction, dans le domaine du droit du travail, entre des règles relevant du droit public et celles relevant du droit privé.

Et je réponds aux deux questions posées sous les numéros 2 et 15: le droit du travail international fait partie du droit international privé, il y est étudié dans la Partie spéciale, avec des principes spéciaux, et ainsi qu'on le fait avec le droit aérien, civil, commercial, maritime, aérien, de procédure, international, mais soumis aux règles générales, étudiées dans la Partie générale du droit international privé, qualifications, renvoi, ordre public, etc.

Dans toutes les Résolutions adoptées par l'Institut, à propos des problèmes spéciaux de droit international privé, soit de droit civil, soit de droit maritime, aérien, etc., la réserve des principes généraux de la matière est toujours implicite.

3. A la question posée au numéro 4 je réponds que le principe de l'autonomie de la volonté (avec son caractère propre, authentique, que vous appelez doctrine subjective), qui avait été exagéré au XIXe siècle, surtout dans certains régimes totalitaires, est en plein épanouissement dans la science, dans les nouveaux textes et projets et dans la pratique des dernières années et du temps présent, quoique avec des restrictions, justes et nécessaires (vous l'avez proclamé ; v. Valladão, Direito Internacional Privado, 1968, pp. 367 ss.).

Le principe existe dans toutes les branches du droit, du droit constitutionnel au droit civil, du droit commercial au droit de procédure, du droit maritime au droit aérien ou au droit du travail.

Naturellement ce n'est pas un principe universel et absolu comme ses adversaires le présentent pour avoir une base plus solide pour le critiquer; la doctrine, les lois, la jurisprudence l'appliquent en certaines matières expressément choisies, et alors les règles de droit constitutionnel, de droit civil, de droit de procédure, de droit international privé, etc., qui autorisent le choix par la volonté individuelle d'une conduite différente, constituent les lois appelées supplétives, omissives, etc.

Ce n'est pas un privilège du droit matériel que celui d'établir des lois facultatives; le droit international privé peut aussi les établir et il le fait souvent, librement, sans considération si la loi matérielle choisie, par exemple, de droit civil, aura ou non un caractère supplétif.

La professio juris quand elle est autorisée par le droit international privé ne dépend pas de la nature matérielle de la loi

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Exposé préliminaire nº 12, p. 364 ci-dessus.

choisie, qu'elle soit facultative ou impérative : voyez l'article 22 de la loi fédérale suisse sur la succession en général ; les « Concordates » et le droit interne, par exemple du Portugal, de l'Italie, etc., permettant de *choisir* le mariage civil ou canonique avec toutes les conséquences même d'admission du divorce s'il est admis par la loi civile ; etc.

Alors je ne peux pas accepter la solution que vous appelez « objective », de reconnaître l'autonomie des parties dans le domaine des lois facultatives; qui retire au droit international privé la faculté d'établir, comme les autres branches du droit, des règles facultatives.

Je réponds ainsi à la quatrième question: on doit admettre dans les conflits de lois du droit du travail le principe de l'autonomie de la volonté en certains cas, comme on le fait couramment en droit international privé, mais avec des restrictions expresses, « sans abus de droit, fraude et offense à l'ordre public ». Les derniers textes spéciaux sur les conflits de lois en matière de droit du travail, celui de la Tchécoslovaquie, 1963, article 16, et de la Pologne, 1965, article 33, ont établi expressément le principe de l'autonomie de la volonté. En général l'autonomie est admise décisivement dans les derniers textes, soit des lois: Corée, article 9; Tchécoslovaquie, 1963, article 9, I; Pologne, 1965, articles 25 et 26, soit des codes: soviétique, 1964, article 566, portugais, 1967, article 41.

Je tiens à signaler que dans le droit brésilien du travail, dans la « Consolidação » des lois du travail, l'autonomie de la volonté a été proclamée: « Article 444. — Les rapports contractuels de travail peuvent être l'objet de la libre stipulation des parties intéressées dans tous les sujets qui ne s'opposent pas aux dispositions de protection du travail, aux contrats collectifs applicables et aux décisions des autorités compétentes. »

4. En ce qui concerne la question fondamentale, posée au numéro 5, je suis tout à fait d'accord avec l'éminent rapporteur de suivre comme principe général, dans les rapports du travail, la loi du lieu de l'exécution, que vous appelez la lex loci laboris.

Je pense qu'il s'agit d'un principe très juste et dans mon avant-projet de Loi générale d'application des normes juridiques, je l'ai consacré, dans une forme ampliative, article 62, appliquant les lois brésiliennes concernant les droits, les avantages et les garanties minima des employés « aux rapports du travail commencés, exercés ou conclus au Brésil ».

5. En ce qui concerne les exceptions au principe général de la loi du lieu de l'exécution du travail, je crois qu'il faudrait les énoncer dans le texte établissant le principe déclarant, par exemple « sauf les exceptions des articles nos... »

La première exception sera, à mon avis, l'adoption du principe de l'autonomie de la volonté avec de justes limites établies par la norme de droit international privé.

Il y a de bonnes formules employées dans les derniers textes de droit international privé et dans des ouvrages scientifiques, autorisant le choix d'une loi : « de bonne foi », « avec une base raisonnable », « substantiellement connexe », « qui ait quelque contact avec le rapport », « avec un intérêt légitime ou important et acceptable »... J'ai déjà proposé la formule que je préfère : « sans abus de droit, fraude ou offense à l'ordre public ».

En ce qui concerne les autres exceptions proposées par l'éminent rapporteur, je voudrais me permettre de faire une petite observation que j'ai souvent formulée sur l'orientation des textes légaux : il ne faut jamais chercher à tout prévoir et résoudre, tâchant d'énumérer la totalité des cas et toutes les exceptions possibles.

Il y aura toujours des solutions qui seront incomplètes et des omissions qui seront utiles, puisque souvent l'option ne peut pas être encore définitive et il faut la laisser à la jurisprudence des tribunaux et à la pratique, plus proches de la vie.

Ces cas très exceptionnels sont couverts aussi par la loi de l'autonomie déjà soulignée.

Pour l'exception de la lettre a) je crois que l'hypothèse du travail exécuté « en haute mer ou dans l'espace céleste » n'est pas le cas d'inexistence d'une loi du lieu de l'exécution; cette loi sera celle du pavillon du bateau ou celle de l'immatriculation de l'aéronef ou du satellite artificiel (avant-projet Loi générale, art. 45: loi tchécoslovaque, art. 16 (2)), je crois, aussi, que la loi du lieu de l'exécution doit être appliquée même si ce lieu est transitoire ou provisoire. C'est là que le travail a réellement été exécuté. Reste l'hypothèse d'un contrat de travail exécuté en plusieurs Etats. Dans ces cas, je me permets de suggérer d'abord la loi du lieu où le travail est exécuté principalement (International Law Association, 1926, II) et, après, une autre loi qui soit commune à l'employeur et à l'employé. de leur nationalité, domicile ou résidence habituelle, ou la loi de l'Etat d'exécution qui soit celui du domicile de l'employé, ou, enfin, une loi neutre, par exemple, celle du lieu du contrat.

Je crois dangereuse une délégation générale à la loi du siège de l'entreprise, du pays de l'employé ou du domicile ou de la résidence de celui-ci. Ça pourrait faciliter des abus de droit selon que vous l'avez vous-même constaté à la fin du paragraphe a), page 350.

A propos de l'application de la loi du pavillon ou de l'immatriculation, il faut observer que l'Institut l'a adoptée après « la loi à laquelle les parties ont manifesté la volonté de soumettre le contrat d'engagement du personnel » (Bruxelles, droit aérien, art. 4). D'autre part, comme l'a déjà décidé la

justice brésilienne (Clunet, 1957/102), l'application de la loi du pavillon dans le contrat du travail maritime suppose son identité avec la loi du domicile de l'armateur, justement dans un cas de pavillon de « complaisance ». Alors il faudra conditionner l'application de la loi du pavillon ou de l'immatriculation. Je préférerais la conditionner à une coïncidence avec la loi du lieu du contrat.

A propos des exceptions c) et d)<sup>1</sup>, je me permets de les écarter et de maintenir le principe général de la loi du lieu de l'exécution, principe suivi dans les décisions les plus récentes de l'Allemagne occidentale pour la lettre c) et dans plusieurs décisions judiciaires pour la lettre d).

Je me permets encore de ne pas accepter les deux exceptions à la loi du lieu de l'exécution, établies aux lettre e) et f) sous le numéro  $\delta$ .

Vous proposez de la substituer à la loi nationale commune dans le cas où «le chef d'Etat d'un Etat étranger ou une personne bénéficiant de l'immunité et des privilèges diplomatiques ou consulaires, ou encore une personne qui en soit dépendante et si le travailleur est de la même nationalité que celle de son employeur, l'application de la loi nationale commune semble justifiée par le fait que la protection de l'immunité et des privilèges du chef d'Etat ou du diplomate ou du consul est mieux assurée dans ce cas par l'application de la lex patriae communis que par l'application de la lex loci laboris ». Ou, encore, « si l'employeur est un Etat étranger ou une autorité publique étrangère, et si le travailleur est de la même nationalité que son employeur, la compétence de la loi de l'employeur est justifiée par le fait que l'Etat et ses autorités publiques jouissent d'une immunité procédurale et sont exempts de la juridiction de l'Etat territorial ».

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Exposé préliminaire pp. 352-353.

Ce souci d'assurer les immunités procédurales n'est pas une bonne raison parce que le problème n'est pas de procédure mais plutôt de droit matériel, et les immunités ne sont plus aujourd'hui aussi absolues qu'autrefois. Les derniers textes sur la matière ne laissent aucun doute.

Voyons la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques: D'abord l'article 41, I: « Sans préjudice de leurs privilèges et immunités, toutes les personnes qui bénéficient de ces privilèges et immunités ont le devoir de respecter les lois et règlements de l'Etat accréditaire. Elles ont également le devoir de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet Etat. »

Ensuite l'article 33, n° 3: « L'agent diplomatique qui a à son service des personnes auxquelles l'exemption prévue au paragraphe 2 du présent article ne s'applique pas, doit observer les obligations que les dispositions de sécurité sociale de l'Etat accréditaire imposent à l'employeur. »

L'exemption se rapporte seulement aux domestiques et avec des restrictions, article 33, n° 2: « L'exemption prévue au paragraphe 1 du présent article s'applique également aux domestiques privés qui sont au service exclusif de l'agent diplomatique, à condition a) qu'ils ne soient pas ressortissants de l'Etat accréditaire ou n'y aient pas leur résidence permanente, et b) qu'ils soient soumis aux dispositions de sécurité sociale qui peuvent être en vigueur dans l'Etat accréditaire ou dans un Etat tiers. »

Seul l'agent diplomatique, personnellement, pour les services qu'il rend à son Etat, est exclu de la sécurité sociale. Et pour rendre effectifs les devoirs des Etats en ce qui concerne la sécurité sociale il y a déjà des conventions bilatérales très importantes; par exemple, entre la Grande-Bretagne et la France, du 10.5.1956, et entre le Brésil et l'Espagne, du 11.8.1964.

Je suis d'accord sur l'exception de l'exposé (p. 353) mais je me permets de ne pas l'être sur l'exception h), parce que le domestique est un travailleur comme n'importe lequel et doit être soumis au principe de la loi du lieu de l'exécution du travail. Enfin, je suis d'accord avec l'éminent rapporteur sur l'exception i) d'appliquer la loi du contrat comme dernier recours.

- 6. Je réponds affirmativement aux questions posées aux numéros 7 et 14. Il faut aborder la matière de la sécurité sociale et des assurances sociales et exclure celle du droit de procédure du travail 1.
- 7. Je suis aussi entièrement d'accord avec l'éminent rapporteur de soumettre la capacité des parties dans les contrats de travail à la loi du lieu de l'exécution avec les exceptions déjà établies. Il y a longtemps que je soutiens ce principe dans mes cours et travaux. Je réponds donc affirmativement à la question numéro 8.
- 8. Je suis aussi d'accord d'appliquer la loi du lieu de l'exécution à la validité extrinsèque, à la validité intrinsèque et à l'interprétation, aux effets, modalités d'exécution, rupture et expiration des contrats de travail; réponse affirmative encore aux questions des numéros 9 et 10.
- 9. D'accord aussi avec l'éminent rapporteur en ce qui concerne les questions posées aux *numéros 11 et 12*, pour l'application de la loi du lieu de l'exécution aux conflits relatifs aux conventions collectives de travail.
- 10. Enfin et dans le même sens pour l'application, en matière de sécurité sociale, de la loi du lieu de l'exécution. Si cette loi manque, il faut appliquer les conditions minima, les

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Voir en tout cas l'exposé, page 363, alinéa 1.

minima standards de la lex fori (Avant-projet Loi générale, art. 62).

Sur le sujet, nous avons déjà cité au numéro 6, fine, des conventions bilatérales entre la Grande-Bretagne et la France, 1956, et entre le Brésil et l'Espagne, 1964.

11. Enfin, je me permets de suggérer à l'éminent rapporteur d'établir un texte général sur la condition du travailleur étranger, déclarant comme principe essentiel l'égalité légale des droits, avantages et garanties avec les travailleurs nationaux, sauf les exceptions d'ordre constitutionnel, pour des raisons de sûreté et de haut intérêt de l'Etat.

Haroldo Valladão.

## 12. Observations de M. José de Yanguas Messía

Madrid, le 31 mars 1969.

Mon cher Confrère et Ami.

Je tiens à vous adresser mes félicitations très vives pour votre remarquable exposé préliminaire sur « Les conflits de lois en matière de droit du travail ». C'est un nouveau témoignage de votre haute autorité scientifique dans ce domaine.

Vous y faites un tour d'horizon complet dans la matière, de plus en plus complexe au fur et à mesure que les rapports soumis au droit du travail deviennent plus fréquents sur le plan international.

Permettez-moi de vous exprimer ma profonde gratitude pour la bienveillance avec laquelle vous y faites allusion au rapport sur la même matière que j'ai eu l'honneur de soumettre à l'Institut, et qu'il a bien voulu approuver, à une date lointaine, que je voudrais plutôt oublier : à la session de Luxembourg, en 1937.

Les circonstances ont, évidemment, changé depuis ce tempslà, et je trouve absolument justifié et convenable que l'Institut reprenne ce sujet, d'une importance juridique et pratique extraordinaire de nos jours. Et, une fois cette étude admise, le choix de votre nom comme rapporteur a été très heureux. Votre tâche n'est pas facile, mais vous possédez tous les dons nécessaires pour bien la remplir.

Le questionnaire que vous avez bien voulu remettre aux membres de la Seizième Commission est très complet et très réussi. Je vous réponds volontiers, avec le plus vif désir de sincère collaboration.

I. — Sans aucune hésitation, j'estime que la portée de la Résolution à adopter par l'Institut devrait être celle de règles générales ou principes directeurs, et non celle d'un projet de convention.

Le projet de convention ne pourrait pas tenir compte des circonstances sociales, démographiques, économiques et autres qui, inévitablement, jouent dans la rédaction d'un accord entre Etats, et qui sont diverses dans l'espace et changeantes dans le temps.

A plus forte raison, un projet de ce genre, pour les raisons énoncées ci-dessus, ne serait pas utile dans la conclusion de traités bilatéraux, qui se révèlent comme les plus appropriés, au stade où nous sommes, pour ouvrir le chemin à l'accord entre Etats.

C'est ainsi que la régulation de cette matière a été établie, entre l'Espagne et la République fédérale d'Allemagne par la Convention sur les contrats de travail (29 mars 1960) et par la Convention, entre les mêmes pays, sur la sécurité sociale (29 octobre 1959). Actuellement, une convention très complète est en négociation sur l'établissement des nationaux d'un des deux pays en territoire de l'autre.

D'autre part, la Convention du 27 juin 1957 entre l'Espagne et la France, dans le but — déclare le préambule — de chercher « l'harmonie au profit de leurs nationaux, des dispositions antérieurement concertées entre les deux pays, en fonction des progrès de leurs législations en matière de sécurité sociale pendant les dernières années ».

2. — J'entends que les conflits de lois dans le domaine du travail ne sont pas à décider, à l'heure actuelle, purement et simplement suivant les principes généraux du droit international, parce qu'ils ont une nature spécifique, qui réclame parfois l'application de principes particuliers. Mais cela ne veut pas dire, à mon avis, qu'ils soient entièrement indépendants du droit international privé. Ils sont rattachés à celui-ci par des questions communes, dont quelques-unes sont énumérées au numéro 15 du questionnaire, et par la méthode et la technique juridique de cette branche du droit.

Tenant compte de sa particularité, j'admets l'autonomie des conflits de lois relatives au droit du travail, mais dans le cadre du droit international privé.

- 3. La distinction, dans le domaine du droit du travail, entre les règles relevant du droit public et celles relevant du droit privé, ne serait pas facile, et je ne la considère pas comme souhaitable. En outre, la frontière est souvent douteuse. Elle est aussi changeante, à cause de l'invasion croissante du droit public dans ce qui, autrefois, appartenait au droit privé. Surtout en ce qui concerne le droit du travail.
- 4. Dans la mesure où les lois impératives le permettent, j'estime qu'on doit reconnaître l'application du principe de l'autonomie de la volonté. J'accepte donc l'autonomie des parties, mais seulement dans le domaine des règles facultatives.

- 5. Dans le cas où les parties n'ont pas le droit de choisir la loi compétente, ou dans le cas où elles n'ont pas choisi la loi applicable, j'appuie, en principe, votre préférence pour la lex laboris generalis.
- 6. Je suis d'accord aussi sur les solutions que vous proposez quant aux lois qui devraient être considérées comme leges laboris speciales applicables dans des cas exceptionnels.
- 7. J'estime que les questions concernant la sécurité sociale et les assurances sociales suscitent des conflits de lois, et qu'elles doivent être réglementées dans le même cadre que les conflits de lois en matière de contrats de travail.

Les Conventions sur la sécurité sociale passées par l'Espagne avec plusieurs pays et, notamment, celles qui sont en vigueur avec l'Allemagne et avec la France, contiennent des règles de conflits de lois.

C'est ainsi que, dans la Convention entre l'Espagne et la France du 27 juin 1957, après avoir établi (art. 3) la compétence de la *lex laboris* comme règle, on y a ajouté quelques exceptions:

- a) Les travailleurs qui dépendent d'une entreprise domiciliée dans un des deux pays contractants et qui sont envoyés en territoire de l'autre, pour une période de temps limitée, continueront à être soumis à la législation du pays où l'entreprise est domiciliée, quand la permanence dans l'autre pays n'excède pas une période de douze mois.
- b) Les travailleurs percevant un salaire ou les assimilés des entreprises publiques de transport d'un des deux pays contractants occupés dans l'autre pays, soit provisoirement, soit d'une façon permanente, sur des lignes internationales ou dans des gares de frontières, seront soumis aux dispositions en vigueur dans le pays où l'entreprise a son siège.

- c) Quant aux personnes occupées dans des services mobiles (personnel ambulant) de ces entreprises, elles resteront soumises exclusivement aux dispositions en vigueur dans le pays où l'entreprise a son siège.
- 8. Je suis prêt à accepter tous les changements conseillés par les circonstances nouvelles, mais je ne le suis nullement en ce qui concerne la loi applicable à la capacité des parties. Dans cette question, je reste fidèle au principe adopté par l'Institut à sa session de Luxembourg (1937), selon lequel « la capacité à l'effet de conclure un contrat de travail est régie par la loi personnelle de chacune des parties, sous réserve des règles prohibitives et de police de la législation du pays d'exécution ». Je serais très heureux si notre éminent rapporteur voulait bien réfléchir à nouveau sur cette question.

L'homme, comme sujet de droit, doit être, à mon avis, au premier lieu et avant toute autre considération, si respectable qu'elle soit. Son statut personnel devrait être maintenu en toutes circonstances. C'est le respect de la personne et le respect du droit de la famlle qui ont joué un rôle décisif au cours de nos débats de Luxembourg, et je considère ces raisons comme ayant une valeur permanente (Annuaire de l'Institut, 1937, pp. 190 ss.).

La possible difficulté, de la part du pays de la lex laboris, de connaître la loi personnelle du travailleur au moment de conclure le contrat, n'est pas un motif satisfaisant pour faire tomber le principe, mais pour chercher le moyen de résoudre la difficulté en question.

Dans l'Accord du 29 mars 1960 entre l'Etat espagnol et la République fédérale d'Allemagne sur la migration, le contrat et le placement des travailleurs, sont signalés comme organes compétents pour le règlement de toutes ces questions, du côté espagnol l'Instituto Español de Emigración, et du côté alle-

mand, la Bundesanstalt für Arbeitervermittlung und Arbeitslosenversicherung (art. 2). Chacun de ces deux organismes peut envoyer dans l'autre pays une commission, chargée de faire les démarches nécessaires sur place, à laquelle les autorités locales donneront leur appui pour l'accomplissement de sa tâche (art. 3).

La Bundesanstalt indiquera à l'Instituto, à travers la commission allemande ou directement, les groupes économiques et professionnels dont les entreprises allemandes seraient disposées à placer des travailleurs espagnols aptes. Les offres d'emploi contiendront les détails relatifs à la qualification professionnelle qu'on exige des sollicitants, la nature et les particularités de l'emploi prévu, sa durée, les conditions de salaire et de travail, les possibilités de logement et de manutention et tout ce qui est essentiel pour la décision de celui qui cherche du travail (art. 4).

L'Instituto Español de Emigración donnera suite à ces offres, et pourra lui aussi prendre l'initiative de faire parvenir à la Bundesanstalt des listes de candidats, précisant s'il s'agit de spécialistes préparés professionnellement ou d'experts (art. 6).

L'Accord contient, dans ses vingt-deux articles et les annexes qui les suivent, toutes les prévisions nécessaires pour la conclusion du contrat de travail quant au fond et quant à la forme.

La capacité professionnelle, celle qui, en somme, intéresse le pays employeur, est ainsi assurée, sans besoin d'enlever au travailleur son statut personnel. Celui-ci vient, précisément, lui donner le titre juridique pour recueillir les bénéfices de l'Accord entre les deux pays.

De son côté, la Convention du 27 juin 1957 entre l'Espagne et la France sur la sécurité sociale énonce ce principe qui est à la base de l'accord: « Les travailleurs espagnols ou français, salariés ou assimilés aux salariés par les législations de la Sécurité sociale énumérées dans l'article 2 de la présente convention, seront soumis respectivement aux législations mentionnées en France ou en Espagne, et en bénéficieront, ainsi que leurs ayants droit, dans les mêmes conditions que les nationaux de chaque pays, sous réserve de la preuve de nationalité selon la législation de chacun des pays contractants. » (Art. premier.)

9. — La validité extrinsèque des contrats de travail pourrait être appréciée, soit d'après la *lex laboris*, soit d'après le principe *locus regit actum*, à condition de donner aux deux solutions un caractère facultatif.

L'Accord bilatéral, auquel je viens de faire allusion au paragraphe 8, contient comme annexe une formule en langue espagnole et en langue allemande, à remplir dans chaque contrat avant le départ du travailleur, avec les signatures de celui-ci et de l'entreprise, et le visa des organes désignés à cet effet par les deux gouvernements. Cela confirme qu'il est convenable d'éviter une norme rigide et d'adopter une solution plus souple.

- 10. La validité intrinsèque, les effets, l'interprétation, les modalités d'exécution, la rupture et l'expiration des contrats de travail devraient être régies, comme le rapporteur le pense, par la lex laboris generalis ou specialis.
- 11. Je suis d'accord aussi avec le rapporteur pour estimer que la lex laboris generalis ou specialis doit être la règle compétente, pour régir la validité territoriale, la validité extrinsèque et intrinsèque, les effets et l'interprétation des conventions collectives.
- 12. J'admets, en principe, la compétence de la *lex labo-* ris, pour les différents rapports visés dans ce numéro du questionnaire.

13. — La lex laboris pourrait être, également, la loi compétente pour apprécier les relations d'assurance sociale. Toutefois, à côté du principe territorial comme règle, on ne peut pas
écarter, à certains égards, le principe personnel. C'est, par
exemple, le cas de la computation du temps minimum exigé
pour percevoir une pension, lorsqu'il faut tenir compte de la
période de travail réalisée dans le pays d'origine.

Le système suivi sur ce point dans plusieurs conventions bilatérales conclues par l'Espagne, est celui de faire une computation totale des différentes périodes et d'appliquer la prorata temporis. Par exemple: si on exige vingt ans pour le paiement des pensions, et si un travailleur espagnol a travaillé dix ans dans l'autre pays et dix ans en Espagne, il a droit à la pension. L'Etat où il travaille paiera un 50 % de la pension, et l'Etat espagnol l'autre 50 %.

- 14. Je partage l'avis du rapporteur de ne pas analyser dans le rapport les principes du droit du travail concernant la détermination de la loi compétente pour les relations procédurales dans les litiges en matière de droit du travail.
- 15. Les questions habituellement étudiées par les auteurs dans la partie générale des traités sur le droit international privé (question préliminaire, qualifications, ordre public, renvoi, fraude à la loi, etc.) ne doivent pas être, à mon avis, abordées dans le projet, pour les raisons que j'ai déjà exprimées dans ma réponse au numéro 2 du questionnaire.

Je ne voudrais pas finir ces lignes, mon cher et éminent confrère, sans vous répéter, comme j'ai le plaisir de le faire, mon admiration pour votre excellent exposé, avec l'assurance de mon entier dévouement et de ma cordiale amitié.

José de Yanguas Messía.

## Les conflits de lois en matière de droit du travail

(Seizième Commission)

# 2. Rapport définitif

présenté par

M. Etienne Szászy

I.

Votre rapporteur en présentant, à la suite de son exposé préliminaire du 20 juillet 1968, de son rapport provisoire et du projet de Résolution du 10 juillet 1970, son rapport définitif, basé sur les observations extrêmement utiles des membres de la Seizième Commission, aimerait renouveler aux membres de celle-ci ses remerciements et sa profonde gratitude pour la rapidité et la précision avec lesquelles ils ont exprimé leur opinion concernant les idées exposées dans son rapport provisoire et les règles proposées dans son projet provisoire de Résolution. Ces observations judicieuses sont d'une importance fondamentale, elles ont été pour votre rapporteur un appui très précieux et lui ont permis de rédiger son rapport définitif qui sera soumis aux délibérations de l'Institut. Votre rapporteur aimerait profiter de l'occasion pour féliciter de nouveau tous les membres de la Commission de la profondeur. de la rigueur juridique et de la clarté remarquable de leurs réponses.

Dans son rapport définitif votre rapporteur exposera d'abord les observations générales des membres de la Commission et leurs réponses concernant le projet provisoire de Résolution, puis ses propres réflexions et enfin il soumettra le nouveau projet de Résolution qu'il propose. Le texte de ce projet est conforme à l'opinion de la majorité des membres de la Commission, même sur les questions sur lesquelles votre rapporteur ne saurait partager l'opinion de la majorité.

Il aimerait mentionner en outre que par l'intermédiaire du Centre pour la recherche de l'Afro-Asie de l'Académie des Sciences de Hongrie, votre rapporteur a demandé des informations aux universités, aux autorités gouvernementales et aux spécialistes dans les pays nouveaux en voie de développement sur la législation récente et la jurisprudence dans ces pays concernant le traitement des travailleurs étrangers. Cette question intéresse beaucoup les pays en voie de développement car ils souffrent d'une manière chronique de pénurie de maind'œuvre qualifiée. Votre rapporteur a reçu les informations demandées et il en a tenu compte dans son projet de Résolution. Il va publier les informations reçues et ses propres conclusions d'une manière détaillée dans son nouveau livre qui paraîtra en langue anglaise à la fin de cette année sous le titre: « The Conflicts of Laws in the Western, Socialist and Developing Countries »

П

En ce qui concerne les observations générales des membres de la Commission, votre rapporteur peut exposer ce qui suit:

1. M. Batisfol reconnaît dans sa lettre du 13 mars 1971 que votre rapporteur, tout en maintenant sur certains points ses vues initiales, avait tenu compte dans le projet de Résolution provisoire, notamment dans les articles facultatifs, des observations de M. Batisfol, et que le projet sera une base de discussion bien préparée pour la prochaine session de l'Institut.

2. M. Giorgio Cansacchi, dans sa lettre du 5 février 1971, constate également que votre rapporteur a largement apprécié ses observations. M. Cansacchi choisirait plutôt l'art. 1 alternatif parce qu'il estime convenable que la capacité à conclure un contrat de travail puisse être réglée soit par la loi personnelle des parties, soit par la lex laboris generalis ou specialis. Il choisirait de même l'art. 2 alternatif parce qu'il applique le système alternatif du renvoi à plusieurs lois sur la base du principe du favor negotii (qui correspond au système italien).

Il préfère également l'art. 3 alternatif parce que sa formule est plus favorable à l'application de la loi choisie par la volonté des parties contractantes que la formule de l'art. 3; si, par contre, la majorité des membres de la Commission donnait la préférence à la formule de l'art. 3, il se rallierait de bon gré à cette solution.

De même il préfère l'art. 4 alternatif, car il a la conviction que la loi du lieu d'exécution du travail est plus convenable que la lex laboris generalis ou specialis pour régler la question de savoir si les parties au rapport de travail peuvent exclure l'application d'une convention collective ou renoncer aux droits garantis par elle.

Il approuve totalement l'art. 5 sur les assurances sociales qui, en général, sont obligatoires pour tous les travailleurs du locus laboris.

Il accepte également les art. 6 et 7.

Il ne croit pas devoir suggérer d'autres articles au projet ou des modifications aux formules des articles.

L'on voit par ce qui précède que M. Cansacchi préfère les articles alternatifs 1, 2, 3, 4 et accepte les articles 5, 6 et 7 du projet.

Suivant donc M. Cansacchi, la capacité des parties dans une relation de travail, notamment la capacité à l'effet de conclure un contrat de travail, doit être régie, soit par la loi per-

sonnelle, soit par la lex laboris generalis ou specialis; la forme du contrat de travail par la lex laboris, par la lex loci contractus, par la loi nationale commune ou la loi du domicile commun des parties; la validité intrinsèque, les effets, l'interprétation, les causes et les effets de la rupture et l'expiration des contrats de travail par la lex pro voluntate et la lex loci laboris (dans certains cas par la lex loci delegationis, la loi du pavillon ou d'immatriculation, la loi du siège de l'entreprise, la loi du domicile, ou de la nationalité, ou de la résidence matrimoniale commune des parties, la loi avec laquelle la relation de travail présente le rattachement le plus étroit) la convention collective par la lex laboris avec certaines limitations, et avec des règles spéciales concernant les Organisations-, les Absperr- et Tarifausschussklauseln et la closed shop clause. Les relations d'assurance sociale doivent être régies, suivant M. Cansacchi, en principe par la lex laboris, si c'est nécessaire pro rata temporis; l'égalité des droits des travailleurs étrangers doit être assurée et la clause d'ordre public appliquée.

3. M. R. H. Graveson dans sa lettre du 23 mars 1971 maintienl'opinion exposée dans sa réponse du 10 mars 1969 au questiont naire de l'exposé préliminaire et considère comme compétente dans le domaine du droit du travail la proper law of the contract. A son avis, le principe est énoncé au point i) de l'article 3 du projet provisoire de Résolution, car la loi qui doit être considérée comme compétente est celle avec laquelle la relation de travail présente le rattachement le plus étroit.

De l'avis de M. Graveson, l'alinéa 2 de l'article premier proposé pourraît être supprimé, car il s'agit là de cas extrêmement rares.

En ce qui concerne l'article 2 du projet, M. Graveson est favorable à la version première et non pas à la version alternative.

Pour l'article 3, il préfère la version alternative, pour l'article 4, au contraire, la forme originale; il ne fait pas d'observations au sujet de l'article 5 et il est d'accord sur le texte proposé pour les articles 6 et 7.

4. M. van Hecke, dans sa lettre du 3 mars 1971, désire supprimer l'alinéa 3 du préambule mentionnant les Etats occidentaux, socialistes et en voie de développement, et constate qu'aucun des membres de la Commission n'a, dans les réponses au questionnaire, souhaité l'élaboration d'une convention. Il suffit donc, selon lui, que l'Institut recommande aux Etats l'adoption des règles proposées, sans préciser comment doit se faire cette adoption (législation, jurisprudence ou convention).

Suivant M. van Hecke, l'utilisation d'une terminologie latine ne paraît pas recommandable. Il vaudrait mieux parler de la loi désignée par l'article 3.

M. van Hecke préfère l'article premier alternatif concernant la capacité des parties, l'article 2 alternatif concernant la forme du contrat de travail, l'article 3 alternatif en se référant à l'arrêt du 20. 7. 1967 du Bundesarbeitsgericht et de la Cour de Cassation française du 1. 7. 1964, mais il pense qu'il serait utile de préciser que la « loi » applicable comprend les dispositions des conventions collectives que cette loi rend obligatoires ainsi que les usages. L'explication pour le cas d'un pavillon de complaisance ne lui paraît pas justifiée. En l'absence de choix exprès, la loi du marché que le représentant doit travailler (lieu d'exécution) paraît à M. van Hecke plus indiquée que celle du lieu de l'entreprise. Il hésiterait aussi à admettre la règle d) et le dernier alinéa de l'art. 3.

M. van Hecke doute de l'utilité de l'art. 4 concernant les conventions collectives et ne voit aucune raison de rechercher pour cette matière des règles autres que l'application pure et simple de l'autonomie de la volonté. Il propose la suppression de cet article ainsi que de l'article 5 concernant les assurances sociales. L'article 6 est, selon lui, étranger au sujet à traiter par la Commission, car il traite des problèmes de la condition des étrangers.

Il ne fait pas d'observation sur l'article 7 concernant la clause d'ordre public.

5. Les observations très judicieuses de M. De Nova contenues dans sa lettre du 27 février 1971 sont inspirées par sa foi « that a balance should be struck, as even as possible, between the technique of finding the governing law for a particular type of legal relationship and the technique of setting apart for special conflictual treatment certain elements present in every transaction within a broader category, such as legal capacity and formal requirements. »

Suivant M. De Nova, les conventions collectives affectent ex lege aussi ces personnes qui ne sont pas parties contractantes à la convention. Pour cette raison, l'alinéa 6 de l'article 4 devrait être remplacé selon lui par la phrase suivante: « Si, d'après la loi du pays d'exécution, aucune convention collective n'est reconnue en la matière, le contrat individuel relevant d'un droit étranger qui reconnaît une telle convention collective, n'y est pas soumis. »

En ce qui concerne l'effet de la convention collective, il faudrait selon M. De Nova combiner la lex loci laboris et la lex laboris si ces deux lois ne coïncident pas et ne sont pas identiques. Il renvoie à ce propos au concept des « spatially conditional substantive rules ».

Il propose de simplifier la formule « lex laboris generalis ou specialis » et de la remplacer dans l'alinéa premier de l'art. 3, ainsi que dans les alinéas premier et 6 de l'art. 5, par la formule: lex laboris.

M. De Nova voudrait supprimer l'alinéa 5 de l'article 5, car il traite d'une question ayant pour objet le rapport entre le droit international et le droit interne.

Suivant M. De Nova, l'article 6 ne contient pas une règle juridique, mais plutôt un vœu et fait plutôt partie du domaine du « Fremdenrecht », que de celui des conflits de lois.

Dans l'alinéa 3, point a) de l'article 3, selon M. De Nova c'est une tautologie de dire « dans le cas où le *locus laboris* se trouve situé sur le territoire de plusieurs Etats et que le travail doit être exécuté en même temps dans plusieurs pays ».

- 6. M. Udina dans sa lettre du 6 février 1971 déclare qu'il est d'accord en général sur le projet provisoire de Résolution et propose d'insérer à l'article premier de la Résolution une définition de la lex loci laboris generalis ou specialis, même si elle peut paraître intuitive.
- 7. M. de Yanguas Messia, dans sa lettre du 8 janvier 1971, expose qu'il reste attaché à l'application de la loi personnelle à la capacité et de la règle locus regit actum d'une manière facultative aux conditions de forme dans les contrats de travail.

#### Ш

1. En ce qui concerne le *préambule* du projet de Résolution, on a vu que M. van Hecke suggère une modification du texte proposé par votre rapporteur. Votre rapporteur accepte l'opinion très judicieuse de M. van Hecke et propose de supprimer l'alinéa 3 du préambule, c'est-à-dire de ne pas mentionner l'opposition entre les pays occidentaux, les pays socialistes et les pays en voie de développement. Il accepte également l'opinion de M. van Hecke de supprimer, dans le dernier alinéa, le

renvoi à la convention et propose de ne pas préciser comment doit se faire l'adoption des règles proposées (par la législation, la jurisprudence ou une convention).

- 2. En ce qui concerne l'utilisation dans le texte d'une terminologie latine, votre rapporteur accepte la remarque de M. van Hecke que l'utilisation d'une terminologie latine ne paraît pas recommandable. Il propose donc de la supprimer et d'employer au lieu du terme « lex laboris » le terme « loi du travail », au lieu du terme « lex laboris generalis » le terme « loi du lieu d'exécution du travail » et au lieu du terme lex laboris specialis » le terme « loi de travail spéciale ».
- 3. En ce qui concerne l'article premier, traitant de la loi compétente pour régler la capacité des parties, MM. Gansacchi, van Hecke, De Nova et de Yanguas Messía sont partisans du texte alternatif proposé par votre rapporteur. M. Udina voudrait insérer une définition de la lex loci generalis ou specialis, M. De Nova se demande s'il ne serait pas mieux de supprimer l'article premier et l'article 2 et de réserver la détermination de la loi compétente pour la capacité et la forme du contrat de travail à des Résolutions séparées.

Votre rapporteur pense qu'il n'est pas nécessaire d'insérer une définition de la lex laboris dans l'article premier si on renvoie aux dispositions de l'article 3, dans lequel la loi du travail est définie. Il pense également qu'il ne serait pas recommandable de supprimer les articles premier et deux en réservant la détermination de la loi compétente pour la capacité des parties et la forme du contrat de travail à des Résolutions séparées, car ce sont des questions pratiques importantes dont le règlement est une condition fondamentale de la détermination de la loi compétente pour les rapports de travail.

En ce qui concerne le choix entre l'article premier et l'article premier alternatif, votre rapporteur préfère l'article premier, car bien qu'il reconnaisse que les arguments avancés en faveur de l'application de la loi personnelle sont très sérieux, il pense, ainsi qu'il l'a exposé dans son rapport provisoire, que ce qui est important en droit du travail, c'est que l'employeur ne soit pas obligé de rechercher la loi personnelle de ses employés, que la capacité de tous les travailleurs de la même usine soit appréciée par la même loi. Il ne serait pas désirable non plus d'obliger les travailleurs à faire des recherches pour se renseigner sur la loi personnelle de l'employeur. En outre, le contrat de travail est au fond une trading transaction et ces trading transactions sont appréciées dans beaucoup de pays, on l'a vu, par la lex fori.

Mais, étant donné qu'il résulte d'une part, des réponses de MM. Batiffol, Cansacchi, van Hecke, De Nova, de Yanguas Messía au rapport provisoire et, d'autre part, des réponses de M. Fragistas et des autres membres de la Commission au questionnaire annexé à l'exposé préliminaire, que la majorité penche vers l'application de la lex personalis, car elle voit l'application de cette loi justifiée par le respect de la personne dans le domaine du droit, votre rapporteur est prêt à proposer l'adoption du texte de l'article premier alternatif avec certaines modifications rédactionnelles insignifiantes.

Votre rapporteur trouve très judicieuse l'observation de M. Graveson concernant la suppression de l'alinéa 2 de l'article premier de la version première et il est prêt à supprimer cet alinéa.

4. En ce qui concerne l'article 2 du projet qui a pour objet la détermination de la loi applicable à la validité extrinsèque des contrats de travail, la majorité des membres de la Commission (MM. Cansacchi, Fragistas, De Nova, Udina, van Hecke et

de Yanguas Messía) paraît favorable à l'adoption de la règle locus regit actum facultative, donc à l'adoption d'un système d'application alternative de plusieurs lois sur la base du principe du favor negotii. Votre rapporteur pense, en revanche, ainsi qu'il l'a exposé dans son rapport provisoire (pp. 294-295) que la règle locus regit actum ne saurait être considérée comme compétente que dans la partie du droit du travail appartenant au droit privé; dans la partie appartenant au droit public, par contre, les prescriptions de forme du droit interne seraient applicables dans les limites qu'elles s'assignent. Or, il ne paraît pas opportun de faire une distinction entre la partie du droit du travail régie par les principes du droit privé et la partie régie par les principes du droit public, car cela serait contraire au principe de l'unité, de l'homogénéité du droit du travail qui devrait être assuré autant que possible.

Mais étant donné que la majorité paraît favorable à l'article 2 alternatif du projet, votre rapporteur présente avec certaines modifications rédactionnelles le texte de l'article 2 alternatif comme celui proposé par la Commission.

Votre rapporteur remercie vivement M. Graveson qui semble partager son avis.

5. En ce qui concerne l'article 3 ayant trait à la détermination de la loi applicable à la validité intrinsèque, les effets, l'interprétation, les causes et les effets de la rupture et l'expiration des contrats de travail, ainsi que les modalités de son exécution, MM. Cansacchi, van Hecke, De Nova et Graveson dans leurs observations sur le projet de Résolution provisoire se prononcent en faveur de l'article 3 alternatif, M. van Hecke toutefois avec certaines limitations en ce qui concerne le cas d'un pavillon de complaisance, ainsi que les points d, f, et le dernier alinéa de l'article et M. De Nova avec une proposition de modification de rédaction. Parmi les membres de la Com-

mission paraissent partisans de l'autonomie de la volonté MM. Batiffol, Cansacchi, Francescakis, Graveson, van Hecke, Valladão, Schwind et même MM. Udina et de Yanguas Messia.

La différence principale entre les textes de l'article 3 et de l'article 3 alternatif consiste en ce que par l'article 3, dans le domaine du droit du travail, l'application de la doctrine subjective de l'autonomie de la volonté n'est pas reconnue et que par l'article 3 alternatif elle est reconnue.

Votre rapporteur, ainsi qu'il l'a expliqué dans son exposé préliminaire (pp. 363-368) et dans son rapport provisoire (pp. 269-274), n'est pas partisan de la doctrine subjective de l'autonomie de la volonté; à son avis, il faut protéger le travailleur contre sa propre volonté aussi, car ensuite la législation du travail comporte une part importante de réglementation de droit public, dont l'application échappe naturellement à la volonté des parties, la difficulté étant alors de déterminer ce qui, dans la relation de travail, appartient au droit public et ce qui reste soumis aux règles du droit privé. Car enfin le droit du travail, dans son ensemble, est une matière d'ordre public, le contrat de travail est un acte-condition qui détermine l'application d'un statut légal, le plus souvent un contrat d'adhésion. Pour cette raison, votre rapporteur ne saurait admettre l'application de la loi choisie par les parties que dans le cas où il s'agit de « cadres » et dans le cas où les parties sont convenues de l'application d'une loi plus favorable au travailleur que celle prévue par la loi compétente dans le silence des parties.

Bien que votre rapporteur ne soit pas favorable à l'adoption de la doctrine subjective de l'autonomie de la volonté, vu que la majorité de la Commission paraît favorable à cette doctrine, il est prêt à proposer, avec certaines modifications, l'adoption de l'article 3 alternatif.

Votre rapporteur accepte les modifications proposées par M. van Hecke et par M. De Nova. Il supprime l'exception

d'un pavillon de complaisance, mais il aimerait maintenir le point f, ainsi que le dernier alinéa de l'article 3 alternatif. De l'avis de votre rapporteur, si l'employeur est un Etat étranger ou une autorité publique étrangère, et si le travailleur est de la même nationalité que son employeur, la compétence de la loi de l'employeur est justifiée par le fait que l'Etat et ses autorités publiques jouissent d'une immunité procédurale et sont exempts de la juridiction de l'Etat territorial. Le dernier alinéa de l'article protège le travailleur dans le cas où il est forcé d'accepter dans le contrat de travail la compétence d'une loi moins favorable à ses intérêts que les lois qui s'appliquent à défaut d'une désignation de la loi compétente.

6. En ce qui concerne l'article 4, ayant trait à la détermination de la loi applicable aux conventions collectives, M. Cansacchi préfère l'article 4 alternatif, M. van Hecke propose la suppression de l'article, MM. Batiffol, Graveson, De Nova, Udina et de Yanguas Messía ne font aucune objection au texte proposé par votre rapporteur. M. Graveson déclare préférer la forme originale du projet.

Des réponses données au questionnaire de l'exposé préliminaire, il résulte également que, à l'exception de MM. Fragistas et van Hecke, la majorité des membres de la Commission (MM. Batiffol, Cansacchi, Francescakis, Graveson, Valladão) sont favorables (quelquefois avec des réserves) à l'application de la lex laboris. La seule question principale qui doit être résolue est donc la question de savoir si la convention collective doit être régie par la lex laboris generalis, seule désignée à l'alinéa premier de l'article 3, ou par la lex laboris specialis désignée à l'alinéa 3 du même article.

Votre rapporteur est d'accord avec M. De Nova qu'il serait désirable de combiner ici l'application de la lex loci laboris et de la lex laboris, mais il est difficile de décider « along what

lines ». Il est d'accord également avec M. De Nova sur ce qu'ici on paraît être en présence des «"spatially conditioned substantive rules" belonging to a foreign governing law ». Il est aussi d'accord que « the applicable law (or laws) will have to be scanned carefully in order to establish to what situations a given collective agreement, set up under it, applies ».

Votre rapporteur considère la convention collective, ainsi qu'il l'a mentionné (p. 305) comme un contrat-norme, en partie une règle de droit et en partie un contrat. Il s'ensuivrait que la validité territoriale de la convention collective devrait être gouvernée par les mêmes principes que les contrats de travail individuels et les règles de droit du droit du travail, donc par la lex laboris generalis ou specialis compétente.

Votre rapporteur considère également que deux principes jouent ici un rôle prépondérant: le principe de l'unité de la convention collective, lequel exige que tous les éléments constitutifs de la convention soient gouvernés par la même loi, et le principe de l'unité de l'entreprise de l'employeur, lequel exige que l'entreprise, elle aussi, soit régie, autant que possible, par une seule loi. S'il ne fait pas de doute que l'entreprise forme un tout, constitue une unité de production, une unité financière, une unité psychologique, s'il est permis de penser que le législateur cherche à respecter cet ensemble, une seule convention collective doit régir l'entreprise.

Votre rapporteur est convaincu que la convention collective ordinaire, sans effet erga omnes, et la convention collective étendue, avec effet erga omnes, étant de même nature, les mêmes règles de conflit devront leur être imposées. On arrive ainsi à concilier les deux positions qui, à première vue, semblent opposées, à savoir: la nature conventionnelle de la convention collective et son application territoriale.

Malgré cela, votre rapporteur admet ce que M. Cansacchi a souligné, que la loi d'exécution du travail est plus convenable que la *lex laboris specialis* pour régler la question de savoir si les parties au rapport de travail peuvent exclure l'application d'une convention collective ou renoncer aux droits garantis par elle.

Pour cette raison, votre rapporteur propose l'adoption de l'article 4 alternatif, dont le texte paraît préférable pour déterminer la loi applicable aux conventions collectives, car, ici, la loi du lieu d'exécution du travail seule est considérée comme compétente et non pas les leges laboris specialis. Votre rapporteur admet avec M. Batiffol que la lex loci laboris prétend légitimement au dernier mot quand le contrat de travail n'est pas régi par cette loi. Il admet également que si la lex laboris n'est pas la lex loci laboris, des difficultés surgissent, si cette dernière impose l'indérogabilité des conventions collectives pour tous les travailleurs. Il partage également l'opinion de M. Francescakis que la convention collective peut se présenter comme une loi de police.

Votre rapporteur trouve très judicieuses les observations de M. van Hecke qui voudrait supprimer l'article 4 et qui ne voit aucune raison de rechercher pour cette matière des règles autres que l'application pure et simple de l'autonomie de la volonté. Mais votre rapporteur pense qu'il ne serait pas désirable de supprimer cet article vu que la détermination de la loi compétente pour les conventions collectives est d'une importance fondamentale au point de vue de la solution des conflits de lois dans le domaine du droit du travail et que la déclaration de principe de l'autonomie de la volonté ne serait ici pas suffisante, la convention collective n'étant pas un simple contrat mais, comme nous l'avons dit, un contrat-norme, ayant aussi le caractère d'une loi.

7. En ce qui concerne l'article 5, ne font aucune objection au texte proposé par votre rapporteur: MM. Batisfol, Can-

sacchi, Graveson, De Nova, Udina et de Yanguas Messía dans leurs observations sur le projet provisoire, et dans leurs réponses au questionnaire de l'exposé préliminaire. MM. Francescakis et van Hecke ont une opinion dissidente séparée et M. Fragistas pense qu'il ne faudrait pas régler cette question dans le projet de Résolution.

M. van Hecke ne croit pas que la matière des assurances sociales puisse être régie par la même loi que les problèmes contractuels du travail. A son avis, l'organisation des assurances sociales doit être basée sur des critères plus simples et plus nets que celui du «rattachement le plus étroit» qui convient pour les relations contractuelles de travail. M. van Hecke estime que les règles de conflit à élaborer pour les relations contractuelles de travail ne peuvent pas convenir en matière d'assurances sociales. Les règles unilatérales de délimitation propres à la matière des assurances sociales ne peuvent être coordonnées que par la voie de conventions bilatérales ou multilatérales et elles ne laissent pas de place au choix de la loi applicable par les parties.

Bien que votre rapporteur trouve très judicieux les arguments de MM. van Hecke, Batiffol et Fragistas, il reconnaît que dans ce domaine, les règles de droit international sont encore en formation. On s'interroge sur la nature de cette discipline nouvelle et on recherche dans quelle mesure elle peut s'intégrer dans le cadre traditionnel des règles de conflit. Il reconnaît également que les seules questions qui, dans ce domaine, ont été étudiées depuis plus de cinquante ans, sont les questions ayant trait aux accidents de travail. Il reconnaît, en outre que, dans ce domaine, les jurisprudences nationales présentent une grande diversité. Il reconnaît enfin que dans la littérature plusieurs doctrines sont proposées par les auteurs en ce qui concerne la détermination de la loi compétente pour les accidents de travail. Suiyant la doctrine de la thèse délictuelle,

la plus ancienne, la loi du lieu de l'accident doit être appliquée (Loubat, Mahaim), [selon certains auteurs (H. et L. Mazeaud, Baldoni) en sa qualité de loi de police et de sûreté au sens de l'art. 3, al. 2 du Code civil français]. Suivant une autre doctrine, la doctrine de la thèse contractuelle, la loi qui régit le contrat de travail doit être considérée comme compétente (Batiffol, Simone David, Niboyet, Peroud, Rouast). Suivant une troisième doctrine, la doctrine de la thèse du risque professionnel (Bartin, Lerebours-Pigeonnière, Barthélemy, Raynaud) la loi du siège de l'entreprise doit être appliquée. Suivant une quatrième doctrine, la doctrine de la « relation de travail ou du statut employeur-employé », qui s'est fait jour récemment aux Etats-Unis, la loi compétente est celle qui a le plus de lien avec la relation de travail.

On voit que les quatre doctrines aboutissent, dans la plupart des cas, à l'application de la lex loci laboris, car la loi du lieu de l'accident, celle du contrat de travail, celle du siège de l'entreprise et celle qui a le plus de lien avec la relation de travail est la lex loci laboris et si elle ne l'est pas, il y a toujours moyen d'appliquer la lex obligationis, ou, si c'est nécessaire, la clause d'ordre public.

Votre rapporteur arrive donc, après certaines hésitations, à la conclusion que les relations d'assurance sociale devraient être régies par la loi compétente pour les relations de travail en général, donc par la loi désignée aux alinéas 1, 2 et 3 de l'article 3.

Pour la motivation de cette proposition, votre rapporteur renvoie aux explications contenues dans son rapport provisoire (pp. 307-317).

8. En ce qui concerne *l'article* 6, la majorité des membres de la Commission ne fait aucune objection au texte proposé; seul M. van Hecke pense que cette disposition est étrangère

au sujet à traiter par la seizième Commission, car elle ne traite pas d'un conflit de lois mais de la condition des étrangers. M. De Nova déclare également que « Article 6 does not amount to much as a legal rule: it is rather a vœu». En outre, d'accord avec M. van Hecke, M. De Nova considère que «it relates to « Fremdenrecht » rather than «choice-of-law», which is the subject dealt with . . . by the rest of the resolution ».

Votre rapporteur est d'accord avec MM. van Hecke et De Nova que cet article est plutôt un vœu qu'une règle juridique et qu'il traite une question de la condition des étrangers. Votre rapporteur l'a proposé, car quelques-uns des membres de la Commission avaient demandé son adoption. Mais si la majorité de la Commission est favorable à la suppression de cet article, votre rapporteur ne fait aucune objection.

9. Aucun des membres de la Commission n'a élevé d'objections contre l'article 7 du projet provisoire.

### IV

Alors qu'il avait terminé et déjà expédié le manuscrit de son rapport définitif, votre rapporteur a reçu les observations très précieuses et d'une importance fondamentale de M. Haroldo Valladão, datées du 4 avril 1971, et celles de M. Ph. Francescakis, datées du 8 avril 1971. Votre rapporteur remercie vivement MM. Francescakis et Valladão et les félicite aussi de la rigueur juridique, de la profondeur et de la clarté remarquable de leurs remarques.

1. Votre rapporteur considère les observations de M. Valladão comme très importantes et très judicieuses, mais étant donné que son manuscrit, sur la demande de M. le Secrétaire Général de l'Institut, avait déjà été expédié à Genève, il se permettra de faire ses réflexions à la réunion de la Seizième Commission qui aura lieu le mercredi 25 août à Zagreb.

M. Valladão propose de supprimer les trois premiers considérants du préambule et, ce que votre rapporteur trouve très juste, de supprimer la référence aux pays occidentaux, socialistes et en voie de développement, car dit-il, il n'existe aucune raison de souligner l'intérêt particulier des différents groupes de pays.

Votre rapporteur trouve également très judicieux de modifier le texte du dernier alinéa du préambule ainsi que le propose M. Valladão, car l'adoption des règles proposées peut se faire aussi en dehors des conventions, par l'intermédiaire de la législation et de la jurisprudence internes.

- M. Valladão attire également l'attention sur le fait que l'assurance sociale et la sécurité sociale sont, dans plusieurs Etats, l'objet d'un traitement autonome.
- M. Valladão donne son appui à l'article premier sans le deuxième alinéa, inadmissible, selon lui, en 1971.

Il approuve l'article 2 alternatif bien qu'il ait des doutes sur le deuxième alinéa, et il approuve l'alinéa premier de l'article 3 alternatif aussi, mais il maintient ses restrictions concernant la détermination, par l'article 3, des *leges laboris speciales*. Il accepte également l'article 4 alternatif, ainsi que les articles 5, 6 et 7, mais il préférerait, après les mots « bonnes mœurs », les mots « ordre public ».

L'on voit par ce qui précède que M. Valladão est plutôt favorable, comme la majorité des membres de la Commission, aux articles alternatifs proposés par votre rapporteur qu'aux articles proposés par lui, dans la forme originale.

2. Votre rapporteur exprime aussi ses remerciements et sa profonde gratitude à M. Francescakis pour ses observations d'une importance fondamentale non seulement au point de vue du droit international du travail, mais également au point de vue de la philosophie générale du droit.

Les remarques de M. Francescakis portent sur 1) la réalité sociale dont il incombe à notre Commission de tenir compte; 2) les particularités juridiques du sujet; 3) le rôle de notre Institut dans le traitement de ce sujet; 4) la destination du projet de Résolution tel qu'il se présente.

En ce qui concerne les données sociales, M. Francescakis fait, de l'avis de votre rapporteur, une distinction très judicieuse entre les situations suivantes: 1. L'afflux vers les pays fortement industrialisés d'une main d'œuvre en provenance de pays moins fortunés. 2. Le déplacement temporaire vers les pays en voie de développement de cadres et de travailleurs qualifiés provenant des pays développés. 3. Le déplacement de travailleurs à travers les frontières de pays à niveau économique également élevé ou d'élévation comparable, mouvement dû à l'internationalisation des entreprises. 4. Les secteurs traditionnels des travailleurs dont la profession elle-même suppose la mobilité (transports de toute nature, représentation commerciale) et des travailleurs frontaliers. Votre rapporteur est complètement d'accord avec M. Francescakis en ce que chacun de ces secteurs pose des problèmes spécifiques.

Votre rapporteur est d'accord avec M. Francescakis également en ce que la condition de ces travailleurs ne dépend pas seulement de la loi applicable et que leur sort dépend en définitive de traités signés avec leur pays d'origine.

En ce qui concerne la particularité du sujet, M. Francescakis explique qu'à cause précisément du rôle de l'O.I.T. on est en présence, dans le domaine du droit international du travail, d'un droit en voie d'unification ce qui fait que les conflits de lois n'y jouent qu'un rôle auxiliaire et subsidiaire.

En ce qui concerne le rôle de l'Institut, M. Francescakis incrimine le projet de laisser de côté toute la partie du droit

du travail relevant du droit international public, l'œuvre conventionnelle de l'O.I.T., de passer sous silence la question des discriminations, des droits de l'homme et les problèmes de compétence judiciaire.

En ce qui concerne la destination du projet de Résolution, M. Francescakis croit que les règles du projet tel qu'il se présente ne se conçoivent que conventionnelles, qu'elles ne sauraient donc être proposées en tant que modèle pour la réforme des systèmes étatiques.

M. Francescakis explique enfin qu'il est, d'une manière générale, partisan d'une rédaction « populaire », proche des illustres exemples des Codes civils français et suisse. Il récuse donc l'usage du latin dans le texte du projet. Sur ces point votre rapporteur est complètement d'accord avec M. Francescakis et dans le projet définitif de Résolution, il a déjà supprimé l'usage des expressions latines.

Budapest, le 12 avril 1971.

# V. PROJET DÉFINITIF DE RÉSOLUTION

Considérant qu'un des traits caractéristiques de notre époque, et surtout des années qui ont suivi la seconde guerre mondiale, est le grand nombre de travailleurs employés dans les usines des grands pays industriels,

Considérant que la détermination de la loi applicable aux relations de travail de ces travailleurs étrangers est un problème pratique très important,

Considérant que le problème de la détermination de la loi compétente en matière de droit du travail a été déjà étudié par l'Institut de Droit international et a fait l'objet de ses Résolutions de Luxembourg en 1937,

Considérant que par suite des développements nouveaux dans la structure économique, sociale et politique de la Communauté des Etats une nouvelle étude du problème paraît nécessaire,

L'Institut de Droit international émet le vœu de voir les Etats adopter les règles suivantes concernant les conflits de lois en matière de droit du travail:

# Article premier

La capacité à l'effet de conclure personnellement un contrat de travail est régie par la loi personnelle des parties et la capacité d'exécuter un certain type de travail par la loi désignée par les alinéas 1, 2 et 3 de l'article 3, sous réserve des règles prohibitives et de police de la législation du pays d'exécution.

Un contrat de travail conclu par un étranger incapable d'après sa loi personnelle doit être considéré comme valable, si cet étranger est regardé comme capable d'après la loi de l'Etat sur le territoire duquel le contrat a été conclu.

#### Article 2

Le contrat de travail est valable quant à la forme lorsqu'il est établi en suivant soit la loi désignée par les alinéas 1, 2 et 3 de l'article 3, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel le contrat a été conclu ou la loi nationale commune ou la loi du domicile commun des parties.

Toutefois, les dispositions contenant des exigences particulières de forme qui sont en vigueur dans le pays d'exécution du travail doivent être observées.

## Article 3

La validité intrinsèque, les effets, l'interprétation, les causes et les effets de la rupture et l'expiration des contrats de travail sont régis par la loi désignée par les parties d'une manière expresse ou implicite, et à défaut d'une telle désignation expresse ou implicite, par la loi du pays où le travail est ou doit être exécuté.

Les modalités d'exécution des contrats de travail sont à apprécier suivant la loi du pays où le contrat est exécuté.

Dans les situations suivantes, faute de désignation par les parties d'une autre loi, les lois ci-après sont compétentes:

a) dans le cas où le lieu de l'exécution du travail se trouve sur le territoire de plusieurs Etats ou dans le cas où ce lieu n'est soumis à la souveraineté d'aucun Etat, car il se trouve, par exemple, en haute mer ou dans l'espace céleste, ou dans le cas où le lieu de l'exécution du travail ne saurait être déterminé du tout, ou dans le cas enfin où ce lieu n'est que de nature transitoire, provisoire — la loi du pays où se trouve le centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique de l'employeur ou, à défaut, son domicile ou, faute de domicile, sa résidence;

- b) si la relation de travail est relative à la navigation maritime la loi du pavillon; et si elle est relative à la navigation fluviale ou aérienne la loi du pays d'immatriculation; dans le cas, toutefois, où l'exploitation d'un bateau se fait exclusivement hors de l'Etat d'immatriculation la loi du pays dans le domaine fluvial duquel le bateau circule principalement;
- c) si le travailleur est un cadre et occupe dans l'entreprise de l'employeur un poste élevé, une position clef la loi du pays où se trouve le centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique de l'employeur ou, à défaut, son domicile ou, faute de domicile, sa résidence.
- d) si le travailleur est un représentant commercial ou un agent d'affaires, un commissionnaire, un placier, courtier, commis-voyageur, placeur ou démarcheur ne travaillant pas sur et pour son propre compte la loi du pays où se trouve le centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique de l'employeur ou, à défaut, son domicile ou, faute de domicile, sa résidence:
- e) si l'employeur est le chef d'Etat d'un Etat étranger ou une personne bénéficiant de l'immunité diplomatique ou consulaire et si le travailleur est de la même nationalité que l'employeur — la loi nationale commune des parties;
- f) si l'employeur est un Etat étranger ou une autorité étrangère et si le travailleur est de la même nationalité la loi de l'Etat et de l'autorité en question;
- g) si la relation de travail a été établie entre des époux en mariage la loi de leur domicile ou résidence matrimoniale commune:
- h) si le travailleur est un employé de maison rendant des services de nature familiale au patron et s'il est de la nationalité de ce dernier et a été emmené par le patron avec lui

- à l'étranger pour un séjour temporaire, provisoire la loi nationale commune des parties;
- i) si ni la loi de l'Etat sur le territoire duquel le travail est ou doit être exécuté, ni les lois désignées par les points a)-i) de l'alinéa 3 de cet article ne peuvent être appliquées la loi avec laquelle la relation de travail présente le rattachement le plus étroit.

Quant aux dispositions légales propres au contrat de travail qui restreignent la liberté des contractants ou frappent de nullité certaines clauses, il suffit, pour produire effet, qu'elles se trouvent insérées soit dans la loi du pays où le travail s'exécute ou doit s'exécuter, soit dans des situations particulières, par la loi énoncée à l'alinéa 3 de cet article.

Il en est de même des dispositions relatives à la faculté, pour le patron, d'embaucher du personnel féminin ou des apprentis.

Les règles impératives édictées par l'Etat pour la tutelle du travail et les prévoyances sociales, telles que les assurances obligatoires en faveur des travailleurs, doivent être toujours respectées.

Si les avantages patrimoniaux attribués aux travailleurs par la loi énoncée aux alinéas 1, 2 et 3 de cet article sont plus favorables que ceux conférés par la loi choisie d'une manière expresse ou implicite par les parties, la loi du pays où le travail est ou doit être exécuté, est à appliquer en substitution de cette dernière.

### Article 4

La capacité des parties, la validité territoriale, la validité extrinsèque, les effets, l'interprétation, les modalités d'exécution, les causes et les effets de la rupture et de l'expiration de la convention collective sont régis par les lois désignées

par les alinéas 1, 2 et 3 de l'article 3, mais si la convention collective limite son application d'une manière expresse aux travaux exécutés exclusivement, soit dans le pays, soit à l'étranger, cette limitation doit être prise en considération.

C'est la loi d'exécution du travail qui décide la question de savoir si l'employeur ou le travailleur peut exclure l'application de la convention collective ou renoncer aux droits garantis par elle, et jusqu'à quel point les outsiders tombent sous l'effet de la convention collective.

C'est également la loi d'exécution du travail qui décide si l'employeur privé ou les associations non organisées des employeurs sont autorisés à conclure des conventions collectives, si à cette fin un permis spécial des autorités est nécessaire, et si la convention peut contenir une Organisations- ou Absperrklausel, une Tarifausschussklausel, si des ouvriers non organisés peuvent être employés par l'employeur, si la closed shop clause est permise.

C'est également la loi d'exécution du travail qui décide les conflits

- a) entre plusieurs conventions collectives compétentes,
- b) entre les contrats de travail individuels et les conventions collectives, et
- c) entre les lois gouvernant l'organisation des usines et les conventions collectives.

Si la loi du pays d'exécution attribue aux conventions collectives de travail une force obligatoire générale, les contrats individuels qui doivent y être exécutés sont soumis à ce régime, quelle que soit la loi dont ils relèvent en vertu des articles précédents.

Si, au contraire, d'après la loi du pays d'exécution, la force obligatoire de la convention collective est restreinte aux personnes qui sont parties à cette convention, le contrat individuel de travail relevant d'un droit étranger, n'est pas soumis à cette convention collective.

### Article 5

Les relations d'assurance sociale sont régies par la loi désignée aux alinéas 1, 2 et 3 de l'article 3.

Si cette loi est une loi étrangère et détermine les conditions de sa propre application d'une manière différente de la loi du pays où le travail est ou doit être exécuté, ou exclut complètement sa propre application ou ne connaît pas du tout l'institution de l'assurance sociale obligatoire, il faut chercher s'il n'existe pas une obligation de droit civil du côté de l'assureur et on doit appliquer la règle de conflit du droit international privé compétente pour les obligations du droit civil.

Si la loi applicable n'est pas la loi de l'Etat sur le territoire duquel le travail est ou doit être exécuté, et que cette dernière impose un système obligatoire d'assurance, les dispositions de cette loi ne sauraient être détournées.

Si cette loi n'impose pas un système obligatoire d'assurance, il faut appliquer les conditions minimes, les *minima standards* de la *lex fori*.

Si la loi désignée par les alinéas 1, 2 et 3 de l'article 3 est appliquée, et que suivant celle-ci un temps minimum est exigé pour percevoir une pension, il faut tenir compte de la période de travail réalisée dans le pays étranger.

Si le travail a été exécuté dans plusieurs pays, il faut faire une computation des différentes périodes accomplies et appliquer le principe pro rata temporis.

Il est désirable que les Etats coordonnent leurs régimes nationaux d'assurance sociale par des traités diplomatiques et que, dans ces traités, le domicile du travailleur et la durée de la mission à l'étranger soient pris en considération.

### Article 6

Il est désirable que l'Etat reconnaisse l'égalité en droits, avantages et garanties des travailleurs étrangers avec les travailleurs nationaux sauf les exceptions d'ordre constitutionnel pour des raisons de sûreté et des hauts intérêts de l'Etat.

## Article 7

En aucun cas, il ne sera fait application des dispositions d'une loi étrangère prévue par les présents articles si leur application est contraire aux bonnes mœurs ou à ceux parmi les principes fondamentaux de la *lex fori* qui, en l'espèce, exigent une application absolue.

#### ANNEXE

Observations des membres de la Seizième Commission sur le rapport provisoire et le projet de Résolution de M. Etienne Szászy du 10 juillet 1970

# 1. Réponse de M. Henri Batiffol

Paris, le 13 mars 1971.

Mon cher Confrère,

Vous m'excuserez de vous écrire si tard au sujet de votre rapport provisoire et projet de Résolution. J'en ai pris connaissance avec un grand intérêt. Le compte que vous avez tenu de toutes les observations présentées, notamment par les alternatives que vous proposez, tout en maintenant sur certains points vos vues initiales, fait de votre projet une base de discussion bien préparée pour la prochaine session de l'Institut.

Je vous prie d'agréer, mon cher Confrère, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Henri Batiffol.

## 2. Observations de M. Giorgio Cansacchi

Turin, le 5 février 1971.

Mon cher Confrère,

Je viens de recevoir une lettre, datée du 25 janvier 1971, de notre Secrétaire général, le professeur Paul De Visscher, dans laquelle il insiste pour que vous parviennent le plus tôt possible les observations sur le rapport provisoire, en vue de vous permettre de déposer votre rapport définitif.

J'ai examiné votre projet provisoire de Résolution (pp. 321 et ss.) de la brochure envoyée par l'Institut. Je vous félicite vivement pour la clarté dans la rédaction des articles, l'opportunité des situations choisies, l'ampleur et l'efficacité des arguments qui les justifient. J'ai constaté avec plaisir que vous avez largement apprécié les observations des membres de la Commission, y compris les miennes. Je vous en suis très reconnaissant. Je viens vous exposer mes préférences sur les articles du projet provisoire de Résolution:

Je choisirais plutôt l'art. I alternatif parce que j'estime convenable que la capacité à conclure un contrat de travail puisse être réglée soit par la loi personnelle des parties, soit par la lex laboris generalis ou specialis.

Je choisirais de même l'art. 2 alternatif parce qu'il applique le système alternatif du renvoi à plusieurs lois sur la base du principe du favor negotii (qui correspond au système italien).

Je préfère l'art. 3 alternatif parce que sa formule est plus favorable à l'application de la loi choisie par la volonté des parties contractantes que la formule de l'art. 3; si, par contre, la majorité des membres de la Commission donnait sa préférence à la formule de l'art. 3, je me rallierais de bon gré à cette solution.

Je préfère l'art. 4 alternatif à l'art. 4, car j'ai la conviction que la loi d'exécution du travail est plus convenable que la lex laboris generalis ou specialis pour régler la question de savoir si les parties au rapport du travail peuvent exclure l'application d'une convention collective ou renoncer aux droits garantis par elle.

J'approuve totalement la teneur de l'art. 5 sur les assurances sociales qui, en général, sont obligatoires pour tous les travailleurs du *locus laboris*.

J'accepte également les art. 6 et 7.

Je ne crois pas devoir vous suggérer d'autres articles au projet ou des modifications aux formules des articles, tels que vous les avez rédigés.

Je vous confirme, mon cher Confrère, ma haute considération pour la tâche difficile et très complexe que vous venez d'achever et j'espère que votre travail sera couronné d'un complet succès à la session de Zagreb.

Avec mes salutations les plus amicales,

Giorgio Cansacchi.

#### 3. Observations de M. Ph. Francescakis

Paris, le 8 avril 1971.

Cher Monsieur et Confrère,

Tout dans le fascicule contenant votre rapport provisoire sur « Les conflits de lois en matière de droit du travail » me paraît devoir susciter le plus vif intérêt: le sujet lui-même, l'importance du rapport et sa remarquable information comparative, l'effort fourni par la totalité des membres de la Commission pour répondre exhaustivement à votre questionnaire.

Sur cet ensemble, je crois pouvoir vous donner mon avis d'autant plus longuement qu'à mon vif regret je n'ai pas pu assister à la session d'Edimbourg.

Mes remarques porteront successivement sur: 1º la réalité sociale dont il incombe à notre Commission de tenir compte; 2º les particularités juridiques du sujet; 3º le rôle de notre Institut dans le traitement de ce sujet; 4º la destination du projet de résolution tel qu'il se présente.

#### I. Les données sociales

Votre rapport met bien en évidence l'accroissement considérable à notre époque du nombre de relations de travail présentant un élément d'extranéité et donc appelant à ce titre un traitement particulier. Il me semble toutefois que, dans cette masse, il faut établir au départ certaines distinctions et qu'il y aurait lieu au minimum de réfléchir séparément pour chacun des phénomènes sociaux suivants:

- 1. L'afflux vers les pays fortement industrialisés d'une maind'œuvre en provenance de pays moins fortunés. Cette maind'œuvre n'est pas toujours employée dans les usines. Elle occupe aussi une place importante dans des secteurs tels que l'agriculture, les mines, le bâtiment. D'une manière générale, elle tend à prendre la place de la main-d'œuvre locale partout où le travail est pénible.
- 2. Le déplacement temporaire vers les pays en voie de développement de cadres et de travailleurs qualifiés provenant des pays développés.
- 3. Le déplacement de travailleurs à travers les frontières de pays à niveau économique également élevé ou d'élévation comparable. Ce mouvement est dû à l'internationalisation de l'activité des entreprises. Celles-ci, plutôt que de recruter sur place, envoient vers le pays étranger où elles étendent leur activité du personnel qu'elles emploient déjà. Elles le font, soit parce que ce personnel est déjà formé dans leur technologie particulière, soit même plus simplement parce qu'il jouit de leur confiance en vertu de ce lien de fidélité à l'entreprise, de ce « patriotisme d'entreprise » dirait-on, qui se laisse aujourd'hui constater à des degrés divers selon les pays.

4. Les secteurs traditionnels des travailleurs dont la profession elle-même suppose la mobilité (transports de toute nature, représentation commerciale) et des travailleurs frontaliers. Il n'y aurait ici de nouveauté que quantitative.

Chacun de ces secteurs pose sans doute des problèmes spécifiques. Une distinction cependant paraît valoir pour tous, celle selon la provenance du travailleur.

Il semble bien, en effet, que les salariés en provenance des pays économiquement « forts » sont eux-mêmes dans une position « forte ». Leur déplacement à l'étranger se fait souvent en vertu d'un contrat assez librement débattu et prévoyant des avantages justifiés par l'expatriation. C'est pourquoi le contentieux déterminé par des contrats de ce genre porte en général sur les avantages maxima que l'application d'une des législations en cause plutôt que d'une autre, ou encore l'application successive de ces législations, assureraient au travailleur.

Or, ce sont surtout les espèces de ce genre qui alimentent les procès dans les différents pays. Il ne faut donc pas s'étonner de ce que, dans sa phase la plus récente, la jurisprudence paraît mettre l'accent sur l'aspect contractuel de la relation de travail et sur l'autonomie de la volonté en la matière.

Ce contentieux est, au surplus, pratiquement inexistant en ce qui concerne les grandes sociétés multinationales. Je me suis laissé dire au sujet d'une société de cette envergure que, lorsqu'elle expédie un salarié vers une succursale, elle ne lui fait pas signer de contrat. Elle le considère comme soumis à la loi du lieu de cette succursale, quitte à procéder ultérieurement à une reconstitution de carrière compensant, le cas échéant, les désavantages causés par ce changement de législation applicable. Le droit international n'entre donc même pas en ligne de compte dans ce traitement de la relation de travail.

Tout autre est la situation des salariés en provenance des pays «faibles». Dans leur grande majorité, ils arrivent dans

le pays d'accueil en état d'infériorité pour y occuper, comme il vient d'être dit, des emplois subalternes. L'augmentation considérable du nombre de ces travailleurs depuis la dernière guerre fait que pratiquement en tous pays leur installation se fait dans des conditions matériellement, psychologiquement, socialement, déficientes, voire alarmantes.

Or, il n'est pas question pour ces travailleurs de discuter du contenu de leur engagement et encore moins de la loi qui s'appliquera à leur relation de travail. C'est en ce qui les concerne que la notion de contrat d'adhésion revêt tout son sens.

Et surtout, la condition de ces travailleurs, du fait même qu'elle est « minimale » ne dépend pas seulement de la loi applicable. Elle peut se trouver amoindrie par l'application de diverses discriminations. Celles-ci peuvent être légales et viser le travailleur étranger en tant qu'étranger: ainsi, refus de certaines prestations sociales réservées aux nationaux, refus de la pleine participation à l'activité syndicale et, partant, à la négociation collective... Mais le travailleur de ce type peut aussi se trouver en butte à des discriminations de pur fait: travail « noir », en dessous des barèmes légaux, obtenu de l'ouvrier qui n'est pas en règle avec la réglementation de l'immigration, sousqualification systématique.

C'est pourquoi, le sort de ces travailleurs dépend en définitive de traités signés avec leur pays d'origine. Leur « importation » en nombre se trouve institutionnalisée et la question se pose de la protection de leurs droits individuels dans le cadre de ces traités.

# II. La particularité juridique du sujet

Sur ce point, je crois devoir insister sur une indication qui figurait déjà dans ma réponse à votre questionnaire. Il s'agit

des réalisations dans ce domaine de l'Organisation internationale du travail. Son activité couvre en principe la totalité de notre sujet, discriminations comprises. Elle pose le problème, qui sera examiné plus loin, de la prise en considération par notre Commission de l'ensemble de cette activité. Je n'en retiendrai pour le moment qu'un point précis, le fonctionnement en la matière du procédé traditionnel des conflits de lois. On ne saurait, je pense, faire abstraction du fait qu'à cause précisément du rôle de l'O.I.T. ce procédé opère ici sur un terrain très particulier, celui d'un droit en voie d'unification.

Je n'ai pas besoin d'insister sur les conditions très particulières — et même pratiquement sans équivalent — dans lesquelles cette unification se réalise: conventions élaborées avec la participation des trois parties intéressées (travailleurs, employeurs, gouvernements); caractère quasi-législatif de cette élaboration; conditions de délai imposées aux Etats pour prendre parti sur la ratification; souplesse des obligations d'unification imposées aux Etats; contrôle, lui-même souple, de l'application des conventions.

L'unification ne concerne, il est vrai, dans chaque cas qu'un nombre variable d'Etats. Ceux-ci n'entendent en principe se lier par une convention que compte tenu de leurs conditions socio-économiques propres, en sorte que, plus les droits subjectifs concernés sont fondamentaux, plus ils sont compatibles avec des conditions économiques sommaires, plus étendu est le cercle des Etats qui les ont ratifiées.

Il n'en est pas moins vrai que, dans la mesure où l'unification se trouve effectivement réalisée entre les pays mis en cause, dans un cas concret, par le procédé des conflits de lois, ce dernier perd sa raison d'être. Le raisonnement est banal: peu importe de savoir si la loi de tel pays plutôt que de tel autre est applicable, si elles ont toutes deux le même contenu. C'est pourquoi on a pu dire à juste titre pour l'ensemble du droit du travail que l'unification déjà acquise fait que les conflits de lois n'y jouent qu'un rôle auxiliaire ou subsidiaire (v. notamment en ce sens l'article de M<sup>me</sup> Simon-Depitre sur le deuxième Congrès international de droit du travail, Revue critique de droit international privé, 1958, p. 287). Ce rôle demeure cependant important — et l'on aura à le rappeler plus loin — en raison du caractère imparfait de l'unification conventionnelle.

Cela rappelé, je persiste à penser que l'incidence des conventions internationales du travail devrait être envisagée même dans le cas où elle n'a pas, ou pas encore, abouti à l'unification du droit dans le cadre des pays entrant en ligne de compte pour la solution d'un cas concret par le procédé des conflits de lois. L'hypothèse la plus frappante à envisager est celle d'un Etat lié par une convention que le procédé des conflits de lois conduit à appliquer le droit d'un Etat non lié par cette convention. Il faut, me semble-t-il, dans ce cas, songer à la signification qu'a revêtue dès l'origine et que le temps n'a fait que confirmer, l'action de l'O.I.T. Elle vise la paix sociale et économique internationale. L'objectif est donc supra-étatique. Cette considération, jointe à celle du caractère minimal du régime aménagé par les conventions (que traduit dans le langage de l'O.I.T. l'expression « normes internationales du travail ») devrait conduire à accorder aux conventions de l'O.I.T. une place prééminente par rapport aux législations internes. Concrètement, il v aurait lieu de considérer que les tribunaux d'un Etat dont la législation procède d'une convention de l'O.I.T. devraient considérer que cette législation : 1º soit exclut d'emblée l'application de toute loi étrangère: 2º soit exclut au nom de l'ordre public, parce que représentant le contenu de celui-ci. l'application de la loi d'un Etat situant les droits du travailleur à un niveau inférieur à celui de la convention.

Votre rapport fait une place à cette idée à propos des assurances sociales (art. 5). A mon sens, il devrait y aller là d'une clause générale, jouant en toutes matières. Pour utiliser votre expression qui me paraît fort heureuse, j'aurais voulu que l'on parle de « standards minima qu'il convient de respecter » à propos de tous les « standards » introduits dans la législation du juge saisi par les conventions de l'O.I.T.

## III. Le rôle de l'Institut

Assigner à notre Commission la tâche d'étudier les conflits de lois en matière de droit du travail et non plus en matière de contrat de travail, objet en 1937 de la Résolution de Luxembourg, cela vous a paru fort justement représenter un élargissement de l'objet étudié. Votre rapport procède donc d'une conception extensive. Mais cette conception y va-t-elle aussi loin qu'il serait désirable? Sur ce point, mon sentiment est que notre Commission se trouve prisonnière d'une appellation. En le disant, c'est l'expression « conflits de lois » que j'incrimine.

Il me semble bien, en effet, que lorsque nos confrères publicistes voient à l'œuvre une commission composée de spécialistes du droit international privé, et même pour la plupart cultivant uniquement cette discipline, ils sont naturellement portés à croire que, le sujet étant de « droit privé », la résolution à venir le maîtrisera totalement. Ils peuvent penser qu'elle réglera dans son ensemble le problème que l'on pourrait appeler celui de la condition internationale du travailleur. De toute manière, pour le cas où l'on entendrait que notre résolution ne dût cerner que les aspects « privatistes » de la question, la préoccupation ne semble pas s'être manifestée à l'Institut qu'une autre commission se charge de ses autres aspects.

Il est vrai, et je m'en réjouis, que votre projet ne s'embarrasse pas de la distinction entre droit privé et droit public en ce qui concerne le droit *interne*. Il fait en revanche implicitement sienne la distinction entre droit international public et privé et reflète même une conception restrictive du second, celle qui le réduit à la recherche de la loi applicable. C'est pourquoi elle laisse de côté toute la partie du droit du travail relevant du droit international public (le « droit international du travail » opposé, selon une terminologie en passe d'être reçue, au « droit du travail international »). Elle laisse donc de côté le problème qui vient d'être évoqué de la portée de l'œuvre conventionnelle de l'O.I.T. en la matière. Elle passe sous silence la question, combien grave, des discriminations. Elle n'envisage pas la condition du travailleur dans l'optique, devenue de nos jours habituelle, des droits de l'homme. Dans le domaine même du droit international « privé » elle passe sous silence les problèmes de compétence judiciaire.

On peut objecter que ces problèmes sont envisagés dans d'autres enceintes, universelles ou régionales. Ce n'est pas une raison pour qu'ils échappent à la mission de l'Institut. Certes, l'apport de celui-ci peut consister dans la mise en forme de questions de haute technicité, ce qui est sans doute le cas des questions du droit international privé conçu dans son acception la plus étroite. Mais l'idée que je me fais des devoirs de notre corps savant et ce que je sais de son histoire me font penser qu'il lui incombe tout particulièrement de faire entendre sa voix sur les questions fondamentales de la vie internationale, alors même qu'il ne s'agirait que de seconder des efforts poursuivis ailleurs. Spécialement quant à la condition, si digne d'intérêt, des travailleurs migrants, l'Institut renouerait par là avec la tradition représentée par la Résolution de Copenhague de 1897 sur l'émigration.

C'est vous dire que je suis partisan de l'adoption d'un texte de caractère général sur ce que M. Valladão (p. 455) appelle la «condition du travailleur étranger». Mais, allant plus loin que notre éminent confrère, je verrais volontiers ce texte

non seulement proclamer le principe de l'égalité de traitement (ce que fait conformément à son vœu l'article 6 du projet) mais, plus généralement définir les droits du travailleur dans la société internationale. Cela pourrait aller jusqu'à un rappel des objectifs poursuivis par l'O.I.T. même en ce qui concerne le travail interne.

## IV. La destination du projet de résolution

Dans sa teneur actuelle, le projet pourrait constituer une partie du projet plus ample qu'appelleraient les réflexions qui précèdent. Mais il pourrait aussi représenter à lui seul l'effort de la Commission si, de propos délibéré, elle ne retenait le sujet que dans son acception étroite.

Les remarques ci-dessous vaudraient pour les deux hypothèses:

Dans le préambule du projet il est dit que l'Institut:

«... émet le vœu de voir les Etats adopter par voie de convention les règles suivantes...»

La fin ainsi assignée à la résolution m'a de prime abord surpris. La question posée par votre questionnaire (p. 389 de l'exposé préliminaire) était en effet:

- a) règles générales (principes directeurs) ou
- b) projet de convention?

Or, dans leur ensemble, les membres de la Commission se sont prononcés en faveur de la première branche de l'alternative. Certains même, dont le soussigné, n'ont pas motivé cet avis, tant il leur paraissait aller de soi. N'était-ce pas là exclure le caractère conventionnel des règles à envisager, estimer que celles-ci auraient à être proposées en tant que pouvant inspirer, en dehors de toute convention, les systèmes étatiques de droit internatiol privé?

A la réflexion cependant, je comprends que vous n'ayez pas entendu vous écarter de l'avis de la Commission. Votre texte ne représente pas un projet de convention en bonne et due forme, ce qui, pour des raisons qu'il est inutile de rappeler ici, aurait été peu réaliste. Il entend proposer des principes généraux devant inspirer les conventions.

Je crains cependant que le choix tel qu'il a été formulé dans le questionnaire n'ait créé une équivoque. Pour certains de nos confrères, en effet (MM. Cansacchi, Fragistas, Graveson, van Hecke, Udina, Valladão) ces règles devraient également valoir pour le droit étatique. M. de Yanguas Messía pense même pour sa part qu'elles ne sauraient avoir d'autre destination que celle-là. Pour lui, en effet, les négociateurs des traités doivent régler à chaque fois des données différentes « diverses dans l'espace et changeantes dans le temps » (p. 456), appelant donc des solutions particulières.

C'est pourquoi je pense que notre Commission est appelée à exercer un choix important. Il s'agit de savoir si les règles à adopter vaudront en tant que:

- 1º droit conventionnel;
- 2º droit étatique;
- 3º les deux à la fois.

D'après son préambule, votre texte retient formellement la première de ces solutions. Compte tenu de l'impressionnante objection de M. de Yanguas Messía, il aurait pour objet de mettre à la disposition des auteurs des conventions, non pas des règles ne varietur, mais une liste de questions et un modèle de réglementation cohérente propres à leur faciliter la tâche.

Cela admis, je crois pour ma part que, quant au fond également, les règles du projet tel qu'il se présente ne se conçoivent que conventionnelles, qu'elles ne sauraient donc être proposées en tant que modèle pour la réforme des systèmes étatiques.

On est, du moins, à mon sens, conduit à cette conclusion si l'on tient compte de ce que le projet utilise tout au long la notion de règle de conflit de lois bilatérale. Or, je ne vous apprendrai certes rien en rappelant ici que cette notion suppose un minimum de communauté ou d'équivalence des institutions internes et que ce n'est pas là encore le cas du droit du travail, malgré l'effort d'unification déjà évoqué. Dans ce domaine donc il n'est pas de bonne politique législative de formuler une règle sur la loi applicable aux assurances sociales. par exemple, ou aux conventions collectives, sans être sûr d'avance que, dans les Etats que l'application de cette règle mettra effectivement en cause, on trouvera des institutions d'un degré d'évolution comparable. Sans parler de la nécessité dans certains domaines de la collaboration internationale de services publics ou semi-publics et des problèmes spécifiques qu'elle pose.

C'est pourquoi d'ailleurs un certain mouvement doctrinal soutient aujourd'hui, que dans des matières comme le droit du travail, le procédé de réglementation que représente la règle de conflits de lois cède la place à un autre procédé, celui de la délimitation du domaine d'application des dispositions législatives de l'Etat du tribunal saisi, hors de toute concurrence des lois étrangères. Cette démarche paraît prédominer dans les pays de common law. La constatation a été faite par M. Kahn-Freund lors du 2º Congrès international du droit du travail (Actes du Congrès, 1957, p. 483). Notre éminent confrère constatait l'insuffisance du développement dans le Royaume-Uni de la doctrine des conflits de lois (entendons: du règlement au moyen de règles de conflit de lois bilatérales) en matière de droit du travail. Il en donnait pour raison, entre autres, « the refusal to apply to statutes as distinguished from common law rules the ordinary criteria of the conflicts of laws ».

Mais la désaffection en la matière pour la notion de règle de conflit bilatérale vaut également, bien que dans une moindre mesure peut-être, pour les pays de l'Europe occidentale. Dans ces pays aussi il arrive souvent que la jurisprudence, au lieu de rechercher la loi applicable à une question donnée du droit du travail, recherche plutôt simplement si cette question entre dans les prévisions de la *lex fori*.

Mais je m'en voudrais de prolonger ces développements. Ils tendent seulement à mettre en garde contre l'irréalisme qui affecterait une résolution proposant des règles bilatérales à l'usage des systèmes étatiques.

Une résolution visant spécialement les systèmes étatiques devrait me semble-t-il, présenter une tout autre texture. Se plaçant au-dessus des procédés de réglementation, elle devrait viser directement les résultats à atteindre. Située donc nécessairement au niveau des principes les plus généraux, voire des simples directives pour le juge, elle se bornerait à attirer l'attention sur les intérêts qu'il convient de respecter en la matière (ceux du travailleur mais aussi ceux de l'entreprise et ceux de la communauté sociale du lieu du travail) et sur les possibilités de leur harmonisation. Parmi ces possibilités, elle ne devrait pas négliger celle qu'offre le règlement de la compétence judiciaire.

Un dernier point, qui n'est du reste qu'un rappel. Il concerne l'usage du latin dans votre texte. Permettez-moi de mettre une certaine opiniâtreté pour récuser cet usage. La raison première, déjà donnée dans ma réponse, est la déplorable « perte de vitesse » de la langue de Virgile dans l'enseignement contemporain. L'objection vaut, me semble-t-il, même si des résolutions antérieures de l'Institut se sont servies d'expressions latines — dans des proportions d'ailleurs moindres et concernant des sujets plus « techniques ». Mais je persiste aussi à penser que l'opposition utilisée entre « lex laboris generalis » et « lex

laboris specialis » est entachée d'ambiguîté. La question reste posée, en effet: est-ce le « labor » ou la « lex » qui est « specialis »? La mise des expressions au pluriel pourrait le laisser comprendre. Mais vous écrivez (pp. 340, 389 de l'exposé préliminaire) « leges laboris speciales », M. Cansacchi, pour sa part, orfèvre en la matière comme en la langue, écrit « leges laboris generalis ou specialis ». Et je pense toujours pour ma part que, dans l'esprit de votre texte, ce n'est ni la loi ni le travail qui présente le caractère de spécialité, mais bien la règle de conflit formulée.

Eu égard à la nature du sujet, je serais d'une manière générale partisan d'une rédaction « populaire », proche des illustres exemples des Codes civils français et suisse. La remarque vise aussi la présence dans le texte de certains mots anglais ou allemands: il conviendrait, je pense, que les concepts correspondants soient définis en français, ne serait-ce que de manière analytique.

Pour finir, ce n'est pas seulement la longueur mais aussi la vivacité de ma réaction que je vous demande maintenant de bien vouloir me pardonner. L'une et l'autre ne font, en tout cas, que montrer l'intérêt que j'ai pris à votre travail, pour lequel, encore une fois, laissez-moi vous exprimer mon admiration.

Je vous prie d'agréer, cher Monsieur et Confrère, l'expression de mes sentiments les plus distingués et dévoués.

Ph. Francescakis.

### 4. Observations de M. Ronald H. Graveson

London, 23rd March 1971.

My dear Colleague and Friend,

I must apologise for delay in commenting on the provisional report and draft Resolution on the Conflicts of Law relating to Labour Law which I had the pleasure of receiving last autumn. I have, as you may know, been recovering from an illness which has prevented my dealing with many matters as quickly as I should like to have done. May I now express my admiration for your report and offer my warm congratulations on the skill and scholarship with which you have presented a draft Resolution taking account of various points of view not easily reconciled. The comments which I now make, responding to the reminder of our Secretary-General, are not to be regarded as objections but in the nature of suggestions for eventual consideration.

At the outset I should like to express my full agreement with the method adopted of a statement of principles rather than a draft Convention. I wondered whether it might clarify the two classes of contract dealt with in the proposal if Articles 1, 2 and 3 could come under the heading of Individual Contracts and Article 4 (which deals separately with various factors of the contract) might come under the heading of Collective Agreements. If this were done, the articles, which follow, namely 5, 6 and 7, would need separating by some other heading from Article 4, such as Miscellaneous Provisions.

My comments on the various articles are subject to one general observation, which is a repetition of the comment I already made, in favour of the proper law of the contract as the principle which should be presumptively the general or special law of the work. Recognition of the function of the proper law has certainly been given in the draft Resolution in Article 3 (alternative) and in the list of systems which may be considered as special laws of work in Article 3 (principal), of which the proper law appears under 3 (i). It will be appreciated that I regard as the principle what is here being treated as one of a number of exceptions. If this reversal of what appears to me as the logical order is retained I am content to accept it, since it gives a certain scope to the principle of the proper law.

My comments on the individual Articles which follow are subject to the above general remark.

- Article 1. I agree, but in the interest of providing simple principles I venture to question whether it is necessary to include the second paragraph of Article 1 in either of its forms. It seems that the second paragraph will deal only with rare cases, and may not therefore add greatly to the value of the article.
- Article 2. I agree to the first version rather than the alternative.
- Article 3. I prefer the alternative version because of my preference for the application of the proper law. The first version is acceptable though less desirable.

I wonder whether it might be appropriate to transfer the definition section of this article relating to the *lex laboris generalis* and the *lex laboris specialis* to a concluding article dealing with definition or interpretation.

- Article 4. I prefer the original form to the alternative.
- Article 5. For reasons mentioned in my earlier comment I make no observation on this article.

Articles 6 and 7. — I agree.

I shall look forward with great pleasure to resuming our discussions in Zagreb.

With my best wishes,

Yours sincerely,

Ronald Graveson.

### 5. Observations de M. Georges van Hecke

Bruxelles, le 3 mars 1971.

Mon cher et honoré confrère,

En vous priant d'excuser le retard mis à vous répondre, je vous envoie ci-dessous les observations demandées sur votre projet de résolution.

Préambule, 3° considérant. — J'estime qu'une opposition entre « les pays occidentaux », « les pays socialistes » et « les pays en voie de développement » n'a pas sa place dans une résolution de l'Institut consacrée à un problème de conflits de lois.

Préambule, dernier alinéa. — Aucun des membres de la Commission n'a, dans les réponses au questionnaire, souhaité l'élaboration d'une convention. Il suffit que l'Institut recommande aux Etats l'adoption des règles proposées, sans préciser comment doit se faire cette adoption (législation, jurisprudence ou convention).

### Observation générale sur les articles

L'utilisation d'une terminologie latine ne me paraît pas recommandable. Il vaudrait mieux parler de la loi désignée par l'article 3.

- Article 1. J'exprime une préférence pour la seconde alternative. Je ne crois pas que les règles prohibitives et de police de la législation du pays doivent faire l'objet d'une réserve s'il y a déjà une réserve portant sur les lois régissant la capacité (peut-être vaudrait-il mieux parler de licéité) d'exécuter un certain type de travail.
- Article 2. J'exprime une préférence pour la seconde alternative.
- Article 3. J'exprime une préférence pour la seconde alternative. Une nette majorité des membres de la Commission s'est prononcée en ce sens. Je me suis déjà référé à l'arrêt du Bundesarbeitsgericht (20 juillet 1967) en matière de délai de préavis. Voir aussi en France, Cass. 1 juillet 1964, Revue critique de droit international privé, 1966, p. 47.

Il serait peut être utile de préciser que la « loi » applicable comprend les dispositions des conventions collectives que cette loi rend obligatoires ainsi que les usages.

- Ad b) l'exception pour le cas d'un pavillon de complaisance ne me paraît pas justifiée. La question est trop complexe pour pouvoir être ainsi traitée en un tournemain.
- Ad d) en l'absence de choix exprès la loi du marché que le représentant doit travailler (lieu d'exécution) me paraît plus indiquée que celle du lieu de l'entreprise.
- Ad f) je doute que cette règle soit toujours indiquée. Cela dépend de l'extension qu'on donne à la notion d'« autorité étrangère ». J'hésiterais à admettre cette règle.

Le dernier alinéa de l'article ne me paraît pas justifié. Cette disposition n'est pas applicable au cas où le travail doit être exécuté dans plusieurs Etats, ni au travail à bord de navires ou d'aéronefs. En outre, même dans le cas d'un choix exprès, j'estime que si ce choix est licite (— ce qui a été discuté plus haut — ) les différences de contenu entre cette loi et la loi du lieu d'exécution ne doivent plus être prises en considération, sauf par la réserve générale de l'ordre public.

Article 4. — Je doute de l'utilité de cet article. Le problème de l'effet normatif des conventions collectives étant résolu par l'addition que je propose au premier alinéa de l'article 3, il ne peut s'agir ici que des effets contractuels des conventions collectives.

Or à cet égard il me paraît qu'il n'existe à l'heure actuelle aucun problème pratique. Les négociations collectives se déroulent encore toujours dans un cadre strictement national et ne peuvent donc pas donner lieu à un conflit de lois car ce sont des conventions sans aucun rattachement étranger.

Il est probable que dans un proche avenir des conventions collectives se concluront dans un cadre plus large que celui des Etats. Ces conventions collectives d'un type nouveau poseront le problème de la loi applicable. Je ne vois aucune raison de rechercher pour cette matière des règles autres que l'application pure et simple de l'autonomie de la volonté. Les parties traitent en effet sur un pied de complète égalité, à moins qu'on ne considère que les fédérations d'employeurs doivent être protégées contre la puissance prépondérante des syndicats.

Je propose donc la suppression de l'article 4, étant entendu que l'aspect normatif des conventions collectives est, par l'article 3, réglé en même temps que la loi applicable aux conventions individuelles. Article 5. — Je ne crois pas que la matière des assurances sociales puisse être régie par la même loi que les problèmes contractuels du travail. Ainsi que je l'ai exposé en réponse au questionnaire, l'organisation des assurances sociales doit être basée sur des critères plus simples et plus nets que celui du « rattachement le plus étroit » qui convient pour les relations contractuelles de travail.

Je prends comme exemple l'article 3 de la loi belge du 27 juin 1969 (revisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs) qui dispose, en son article 3, que la loi «s'applique aux travailleurs occupés en Belgique au service d'un employeur établi en Belgique ou attachés à un siège d'exploitation établi en Belgique». Ainsi l'assurance sociale s'applique d'après le lieu d'exécution du travail même s'il s'agit d'un employé de cadre ou d'un employé de maison de la même nationalité que son employeur séjournant temporairement dans le pays. Elle s'applique d'après le lieu de l'entreprise même si l'exécution du travail n'a lieu que dans un seul pays étranger. En revanche elle ne s'applique pas aux travailleurs occupés en Belgique si l'employeur n'a en Belgique ni établissement ni siège d'exploitation.

Un autre exemple est donné par un jugement du 3 mars 1970 du Tribunal de commerce de Bruxelles (J.T. 1971 p. 76). Il s'agissait d'un directeur (de nationalité américaine) résidant en Belgique et travaillant tant en Belgique (où l'entreprise avait un bureau) que dans une série d'autres pays au service d'une entreprise établie au Texas. En ce qui concerne les obligations réciproques des parties en matière de déplacement du lieu de travail le tribunal de commerce a décidé que la loi du Texas était applicable plutôt que la loi belge. En ce qui concerne au contraire le paiement d'un pécule de vacances (obligation de l'employeur sanctionnée pénalement) la loi belge a été jugée applicable.

En conclusion j'estime que les règles de conflit à élaborer pour les relations contractuelles de travail ne peuvent pas convenir en matière d'assurances sociales. Les règles unilatérales de délimitation propres à la matière des assurances sociales ne peuvent être coordonnées que par la voie de conventions bilatérales ou multilatérales et elles ne laissent pas de place au choix de la loi applicable par les parties.

Article 6. — Cette disposition est étrangère au sujet à traiter par la Commission. Elle ne traite pas d'un conflit de lois mais de la condition des étrangers.

Article 7. — Pas d'observation.

Veuillez croire, mon cher et honoré confrère, à mes sentiments très distingués et dévoués.

Georges van Hecke.

### 6. Observations de M. Rodolfo De Nova

Pavia, February 27, 1971.

My dear Colleague and Friend,

Forgive me for the delay in sending you my remarks on your excellent provisional report and draft resolution on the conflicts law relating to labour relationships. I have been away, as you know, and besides my "efficiency" is still below par, unfortunately!

With all respect, I stick to some of my earlier suggestions, based on my belief that a balance should be struck, as even as possible, between the technique of finding the governing

law for a particular type of legal relationship and the technique of setting apart for special conflictual treatment certain elements present in every transaction within a broader category, such as legal capacity and formal requirements.

Your preliminary draft pursued the worthy purpose of establishing the law of the labor relationship to such an extreme that, contrary to the usual way of handling the choice of law tool in other fields, a set of truly "monolithic" solutions was proposed. This seems to ignore the need for nuances which, to my mind, is particularly alive in international relationships.

Fortunately, you now offer an alternative on those two points I raised. It is only natural that I prefer the alternative which fits my own views. I find it, reflected in a very satisfactory way, in art. 1 and 2 ("alternatif") of your provisional draft. I wonder, however, whether it would not be even better not to mention those matters at all on the present occasion. In other words, capacity and form deserve separate treatment on a general basis. Should it appear—when the Institute takes up, or takes up anew, ex professo the whole question of capacity and formalities for legal transactions in conflict of laws—that labor contracts require individual treatment on these points also, it will be easier to work out the apposite rules within the frame of a well-rounded analysis of both subjects.

Should we consider it advisable, on the contrary, to include within the pending resolution a rule on the law governing formal validity and have it sound like art. 2 "alternatif", I suggest that the second paragraph thereof be dropped. It seems to show an excessive concern for the lex loci executionis as such, in disregard of the principle favoring the validation of international legal transactions. I would like, vice versa, that some voice should be given to that law in the matter of ways and means of carrying out the labor engagement. Hence I suggest that in art. 3, paragraph 1, the words "ainsi que les

modalités de son exécution "be omitted and a paragraph 1 bis be inserted, stating that "Les modalités de l'exécution du contrat de travail sont régies par la loi du pays où le travail est exécuté " (the formula used as paragraph 5 of art. 3 " alternatif" could also be chosen: "Les modalités d'exécution des contrats de travail sont à apprécier suivant la loi du pays où le contrat est exécuté").

As to collective agreements, it seems to me, first of all, that it is typical of them to affect ex lege also those people coming within the type of subjects envisaged by the single collective agreement—who are not contracting parties at all. The reference, therefore, in art. 4, paragraph 6, of the draft resolution to cases where " la force obligatoire de la convention collective est restreinte aux personnes qui sont parties à cette convention" does not envisage a real "collective agreement", but merely a "contrat individuel de travail" with several parties (at least on one side). Maybe the said provision should be differently stated; for instance, as follows: "Si, d'après la loi du pays d'exécution, aucune convention collective n'est reconnue en la matière, le contrat individuel relevant d'un droit étranger qui reconnaît une telle convention collective, n'y est pas soumis". In this perspective, art. 4, paragraph 6, by envisaging a contrario collective agreements that may not be operative erga omnes, should also be rewritten.

On the very important and difficult problem of the impact of collective agreements, a combination of the lex loci laboris and the lex laboris (of course, whenever they do not coincide) seems desirable; but along what lines, is hard to decide! To neglect the lex laboris on such a relevant point seems impossible, because this would mean to disregard the legal frame within which the labor relationship mainly falls. But on the other hand the law of the place where the work is carried out, thereby affecting the social environment, must be taken into account

also, at least insofar as it aims at protecting strictly local "interests". In any case the applicable law (or laws) will have to be scanned carefully in order to establish to what situations a given collective agreement, set up under it, applies (see art. 4, paragraph 1, at the end). This appears to be an instance of the relevance of "spatially conditioned substantive rules" belonging to a foreign governing law.

I still have misgivings about some of the situations which you propose to endow with a *lex laboris specialis*. But I must suspend judgment, for more mature consideration.

As a mere matter of form, I suggest that the formula "the lex laboris generalis or specialis" be simplified—but in art. 3, paragraph 1—by saying "the lex laboris". Similarly, art. 5, paragraph 1, should say: "Les relations d'assurance sociale sont régies par la lex laboris"; and paragraph 6 should say: "Si la lex laboris exige un temps minimum ..."

Paragraph 5 of art. 5 seems out of place in a resolution such as the one under consideration, because it deals with the relation between international law and municipal law, a broader problem than that of private international law.

Art. 6 does not amount to much as a legal rule: it is rather a "vœu"! Besides, it relates to "Fremdenrecht" rather than "choice-of-law", which is the subject dealt with—and properly so, in my opinion—by the rest of the resolution.

I think that the hypothesis mentioned in art. 3, paragraph 3, letter a), "que le travail doit être exécuté en même temps dans plusieurs pays", covers also the hypothesis, mentioned in the same sentence, that "le locus laboris se trouve situé sur le territoire de plusieurs Etats". Maybe it is the same case described in different words.

At the end of art. 3, paragraph 3, letter a), I suggest saying (see art. 3, paragraph 3, letter b): "la loi du pays où se trouve le centre d'activité industrielle, commerciale ou artistique de

l'employeur, ou, à défaut, son domicile, ou, faute de domicile, sa résidence ".

May I compliment you once more on your penetrating analysis and broadness of perspective (and comparative law learning)? May I also thank you for the kind appreciation shown by you of my previous remarks? I hope you will receive these new ones in the same friendly spirit.

As ever yours

Rodolfo De Nova.

#### 7. Observations de M. Manlio Udina

Trieste, le 6 février 1971.

Mon cher Confrère,

Le Secrétaire général de l'Institut, Monsieur Paul De Visscher, par sa lettre du 25 janvier adressée aux membres de notre Commission qui ne l'auraient encore fait, nous a invités à vous envoyer avant la fin du mois nos observations définitives pour le rapport final que vous devriez présenter à la session de Zagreb.

J'avais déjà reçu en effet votre rapport provisoire au cours de l'automne dernier, mais je n'avais pas cru devoir lui donner suite puisque j'étais d'accord en général sur le projet provisoire de Résolution qu'il contenait et que je me proposais de formuler éventuellement mes observations de détail pendant les travaux de ladite session.

Je me permets, néanmoins, d'avancer dès à présent la suggestion d'insérer à l'art. 1º de la Résolution une définition de la lex loci laboris generalis ou specialis, même si elle peut paraître intuitive.

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

Manlio Udina.

#### 8. Observations de M. Haroldo Valladão

Rio de Janeiro, le 5 avril 1971.

- I. Je réitère d'abord mes félicitations à mon éminent confrère, M. Etienne Szászy, pour son excellent travail.
- II. En ce qui concerne le préambule, je préfère supprimer les trois premiers considérants et le restreindre aux deux derniers considérants portant sur l'étude antérieure du sujet et l'actualité de la matière. Je trouve que les références aux seuls « travailleurs étrangers » (premier et deuxième considérants) sont incomplètes parce que les règles sur les conflits de lois en matière de droit du travail sont aussi applicables, souvent, par les tribunaux d'un Etat à des travailleurs de cet Etat. domiciliés ou résidant à l'étranger, ou exécutant des travaux à l'étranger, ainsi d'ailleurs que le rapporteur le constate lui-même au début de son rapport provisoire. Je trouve aussi incomplète la référence aux pays occidentaux, socialistes et en voie de développement; le travail de l'Institut est universel et il n'y a pas de raisons de souligner l'intérêt particulier des différents groupes de pays. Enfin, les trois premiers considérants n'existent pas dans les autres Résolutions de l'Institut en matière de droit international privé, spécialement sur les conflits de lois.

- III. A la fin du préambule, je préfère ajouter, après les mots « par voie de convention »: « ou (et) dans leurs lois internes ». Les Résolutions de l'Institut constituent des sources de la plus haute qualité non seulement pour les traités et conventions, qui sont rares, mais et surtout pour les besoins des législations internes, si fréquents. Si on ne veut pas le spécifier ce que je trouve mieux (voir mon observation p. 446) on pourrait dire alors tout simplement: « L'Institut adopte les règles suivantes concernant les conflits de lois en matière de droit du travail et d'assurance (ou sécurité) sociale ».
- IV. Le projet inclut, et je suis d'accord, des règles sur les « relations d'assurance sociale », article 5. Mais l'assurance sociale et (ou) la sécurité sociale sont, dans plusieurs Etats, l'objet d'un traitement autonome. Alors, il faudrait ajouter au titre de la Résolution « ... de droit du travail et d'assurance (ou sécurité) sociale », comme nous l'avons fait ci-dessus (fin du paragraphe III).
- V. Dans mes observations ci-après, je suis l'ordre des articles du projet provisoire de Résolution (bien que je préférerais, dans les premiers articles, définir la lex laboris generalis, y compris le principe de l'autonomie de la volonté et la lex laboris specialis). Je donne mon appui à l'article premier, sans le deuxième alinéa, inadmissible en 1971, surtout en matière de droit du travail, admettant une opposition expresse fondée sur la loi personnelle du père ou tuteur ou du mari (???) au travail de son fils ou de sa femme, mais je terminerais l'article au mot « compétente ». Je supprimerais la réserve finale: sous « réserve » des règles prohibitives et de police des législations des pays d'exécution du travail ». D'abord parce qu'elle est comprise dans l'article final, No. 7, et ensuite parce que si la lex laboris est celle du lieu d'exécution, il n'y a pas à faire la réserve des dispositions prohibitives et de police de la même loi.

VI. J'approuve l'article 2 alternatif, bien que j'aie des doutes sur le deuxième alinéa.

VII. J'approuve le texte de l'article 3 alternatif, alinéa premier, parce que j'accepte le principe de l'autonomie de la volonté, principe courant dans toutes les lois modernes et contemporaines (voir mon opinion p. 448 et spécialement p. 449) et votre information (p. 246 d'être « dominant dans la science et la jurisprudence aussi bien occidentales que socialistes »; voir aussi le « Restatement » américain, 1er mai 1968, art. 196 (p. 235 du rapport provisoire). Mais je fais les restrictions adoptées dernièrement dans les textes, jurisprudence et auteurs qui acceptent le principe et ainsi je propose d'ajouter à l'article 3 alternatif, après les mots « expresse ou implicite », les mots « sauf abus de droit, fraude ou offense à l'ordre public ».

VIII. Concernant les exceptions de la lex laboris specialis, à l'article 3 alternatif, je maintiens les restrictions faites dans mes observations sur l'exposé préliminaire (pp. 451-453). Je répète que la solution a) du deuxième alinéa peut donner lieu à des abus de droit que la formule que j'ai proposée (p. 451) écarterait. Le rapporteur le reconnaît (p. 282). Je maintiens mes restrictions concernant les lettres c) et d) (p. 452) et je propose de supprimer ces deux alinéas. C'est l'opinion de la jurisprudence, spécialement en Allemagne, pays développé, ce qui répond à l'argument de soutenir les intérêts des pays en voie de développement (pp. 283 fine et 284); ce serait en tout cas un privilège de plus pour les pays développés. Je suis, conformément à mes restrictions antérieures (pp. 452-453), pour la suppression des lettres e) et f) en face de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (art. 41, I, et 33, nº 3) et de la tendance restrictive des immunités dans le sujet.

IX. J'accepte l'article 4 alternatif.

- X. Je trouve très bien et j'accepte les articles 5 et 6.
- XI. J'accepte aussi l'article 7, bien que je préférerais, après les mots « bonnes mœurs », les mots « ordre public ».

Haroldo Valladão.

### 9. Observations de M. José de Yanguas Messía

Madrid, le 8 janvier 1971.

Mon cher Confrère et Ami,

Votre rapport provisoire et votre projet de Résolution sont le fruit mûr et médité d'une très remarquable étude, où vous épuisez la difficile matière avec une incontestable autorité scientifique.

J'ai seulement à regretter le fait de n'avoir pas réussi à vous persuader en ce qui concerne la loi applicable à la capacité, grosse question dans laquelle je reste attaché à la loi personnelle; et la loi applicable à la forme, où j'admets la règle locus regit actum, d'une manière facultative. Mais vous avez eu la gentilesse d'ouvrir la porte à des solutions alternatives ce qui laisse la possibilité de reconsidérer la question.

Je ne veux pas finir sans vous féliciter pour votre excellent travail et sans vous exprimer ma profonde gratitude pour les mots si bienveillants que vous y avez écrits à mon égard.

Veuillez agréer, je vous prie, mon cher et admiré Confrère, l'assurance de ma cordiale amitié.

José de Yanguas Messía.

## III. Hijacking of Aircraft

(Eighteenth Commission)

## 1. Provisional Report and Draft Resolution

presented by

Edward McWhinney, Q.C.

In presenting this, the *Provisional Report*, the *rapporteur* would like, first of all, to thank those members of the Eighteenth Commission who have responded to the questions posed in the *Preliminary Study* under date March 31st, 1970. These expressions of opinion from colleagues in the Commission are greatly appreciated, for they have aided immeasurably the progress of our Commission's work which is, at the request of the Secretary-General and the Bureau of the *Institut*, being pointed towards the forthcoming reunion of the Institut in September, 1971, the subject being placed on the agenda for that reunion.

## I. Preliminary study presented by the Rapporteur, March 31st, 1970

(revised and brought up to date to July 21st, 1970)

### A. DEFINITION

# 1. Original Meaning of Hijacking

What is hijacking? It is a term with an originally precise connotation deriving from that era in American history when,

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> The Eighteenth Commission is composed of the following members: Edward McWhinney (rapporteur); Mme Bastid; Messrs. Brüel, Eustathiades, Feinberg, von der Heydte, Jiménez de Aréchaga, McDougal, Miaja de la Muela, Oda, Salmon, Verzijl, and Sir Humphrey Waldock.

by virtue of the Eighteenth (Prohibition) Amendment to the United States Constitution, (proclaimed in 1920 and finally repealed in 1933), the manufacture, sale, or transportation of intoxicating liquors within the United States, and also the importation of such liquors into the United States, was constitutionally prohibited. Hijacking developed as a refinement to the extra-legal activities of criminal elements in the United States seeking to evade the ban on manufacture or importation of alcohol: in this special historical sense, hijacking referred to the holding up or robbery of illicit alcohol that was being transported in quantity, or else the stealing of the actual trucks or motor boats or other means of conveyance being used to transport the illicit alcohol. The English-language term "hijacking," as applied to an aircraft, thus has historical antecedents and associations not fully conveyed by the more prosaic French-language phrasing, le détournement des aéronets.

## 2. Attempts at Definition at the International Level

The Legal Committee of the International Civil Aviation Organisation (I.C.A.O.), at its meeting in Montreal in February and March, 1970, adopted a Draft Convention on Unlawful Seizure of Aircraft, and, as the opening Article of the Draft Convention, essayed a definition of the offence which is the subject of the Draft Convention:

- Article 1: "Any person who on board an aircraft in flight:
- (a) unlawfully, by force or threat thereof, or by any other form of intimidation, seizes or exercises control of that aircraft, or attempts to perform any such act, or
- (b) is an accomplice of a person who performs or attempts to perform any such act,

"commits an offence (hereinafter referred to as the offence".

The elements of the definition of unlawful seizure, therefore, as defined in Article 1, are:

- (a) that the act is unlawful;
- (b) that there is force or threat of force, or any other form of intimidation;
- (c) that there is an act of seizure or exercising control of the aircraft, or an attempt to do the same;
- (d) that the act is committed on board the aircraft in flight.

In this regard, the Legal Committee, in its October, 1969. report had considered that only offences committed on board an aircraft should be punishable under the draft convention. leaving it to national laws to deal with acts of unlawful seizure not committed on board the aircraft. The Legal Sub-Committee also considered Article 5 (2) of the Tokyo Convention of 1963 which declares that an aircraft is considered to be in flight—" at any time from the moment when all its external doors are closed following embarkation until the moment when any such door is opened for disembarkation." The Legal Sub-Committee preferred, however, the narrower definition of in flight contained in Article 1 (3) of the Tokyo Convention-"from the moment when power is applied for the purpose of take-off until the moment when the landing run ends," and this definition is in fact reproduced, in terms, as Article 2(1) of the Draft Convention of March, 1970, as adopted by the Legal Committee.

In its debate on the Draft Convention the Legal Committee defeated, by 20 votes to 3, a notice to include within the definition in Article 1 also acts of "interference" with an aircraft.

following the language of Article 11 (1) of the Tokyo Convention of 1963 (which defines the unlawful seizure of aircraft as the committing—

"... by force or threat thereof of an act of interference, seizure, or other wrongful exercise of control of an aircraft in flight."

The Legal Committee also defeated, this time by a vote of 27 to 6, a proposal to add a new paragraph to Article 1 which would prohibit:

"having on board aircraft fire-arms, explosives or dangerous hitting, cutting or thrusting weapons other than with authorisation from the authorities of the State of registry."

The Legal Committee of I.C.A.O., presumably to try to ensure as wide as possible an acceptance of its Draft Convention by individual States, has therefore resisted attempts to expand the scope of the offence to be proscribed by the Convention. This generally cautious philosophy is manifest in the Legal Committee's unwillingness to accept a concrete proposal that was advanced in committee to give the offence described in Article 1 a specific name in the convention. Article 2 (2) of the Draft Convention specifically excludes aircraft used in military, customs or police services from the operation of the Convention.

# 3. Attempts at Definition at the National Level

By amendment to the Federal Aviation Act, effected in 1961, the United States Congress established the offence of aircraft piracy, defined as follows:

"any seizure or exercise of control by force or violence or

threat of force or violence and with wrongful intent, of any aircraft in flight in air commerce."

On September 16th, 1969, the Cuban Government promulgated a special law on hijacking which was declared to apply, *inter alia*, to the following acts:

- Article 1 (a) Seizure, removal, or appropriation of a ship or plane by any means whatsoever;
  - (b) Diverting a ship or plane from its normal route or activities by deceit, bribery, violence, or intimidation, or in connivance with any member of the crew;
  - (c) Jeopardising the safety of a ship or plane, of the persons or property on board, of third parties, or the order and discipline within such plane or ship.

Apart from these two examples of national legislation from countries that are intimately concerned with the hijacking problem, but from rather different ideological premises, a number of other countries have begun to feel the need for special national legislative provision covering the unlawful seizure of aircraft.

Perhaps the most comprehensive such recent enactment is by Australia, which, under the Australian Crimes (Aircraft) Act, 1963, establishes a number of crimes affecting aircraft—viz., taking control of aircraft without lawful excuse, destruction of aircraft, destruction of aircraft with intent to kill, prejudicing safe operation of aircraft, prejudicing safe operation of aircraft with intent to kill persons, assaulting crew, endangering safety of aircraft, taking or sending dangerous goods on aircraft, threats and false statements. The Act provides penalties ranging from two years' imprisonment to the death penalty; and it also applies, under specified circumstances, to offences committed outside Australia.

In addition, a number of Latin American States have legislated in the same field. Thus, the Argentine, under Article 198 of the Argentine Criminal Code, penalises acts of depredation or violence against an aircraft in flight or on the ground manœuvring prior to take-off or against persons or property within such aircraft; and the same article also penalises the usurping, by violence, threat of violence, or fraud, of the command of a vessel or aircraft with the intent to seize it and take possession of persons and property therein. This provision is, in terms of Articles 199 and 200 of the Code, also given extraterritorial application, and the same Articles give Argentine Courts jurisdiction over acts committed on foreign civil aircraft in flight over Argentine territory and territorial waters.

In the case of Brazil, Decree-Law 975 of October 20th, 1969—"defining crimes of smuggling and transportation of terrorists and subversives in aircraft"—hits certain aspects of the hijacking problem:

- "Article 1. In addition to the crimes defined in the Law on National Security, the following shall be considered as offences against national security in the political and social fields:
- "I. To smuggle, or attempt to smuggle in an aircraft, by overflying or landing on national territory, without permission of the proper authorities, or to overfly or land on areas or aerodromes other than those indicated in an authorisation issued to overfly or land, respectively, thus violating Articles 47, 52 and 67 of the Brazilian Air Code and other statutes in force.
- "II. To transport in an aircraft, whether or not a contraband craft, and whether or not registered in the Brazilian Aeronautical Register (RAB), any terrorists, subversives, contrabandists, or persons who are wanted by civil or military authorities, or even to collaborate, through illegal flights, in the transporta-

tion of, entry into, or departure from the country involving such persons.

"III. To transport an aircraft, whether or not smuggled, and whether or not registered in the Brazilian Aeronautical Register (RAB), any contraband merchandise of any nature, including arms, munitions, minerals, precious stones, or drugs.

"VIII. To use any means of communication to facilitate the commission of contraband, piracy or subversion.

"Penalty: Imprisonment from 8 to 20 years." 1

In the case of Mexico, by Decree of December 19th, 1968, Article 170 of the Penal Code for the Federal District and Territories of Mexico was amended to read as follows:

"Article 170:... Imprisonment of five to twenty years shall be imposed without prejudice to penalties corresponding to other crimes that may be committed by any person who forces a change in destination of an aircraft, through use of threats, violence, intimidation, or any other illicit method, or who diverts it from its route." 1

### HISTORICAL DEVELOPMENT OF HIJACKING

Although there seem to have been a number of cases, during the Cold War era, when military aircraft were forcibly diverted from their original flight plan to other destinations, the term

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> The full text of the Brazilian law is reproduced in the *Diario Oficial* of Brazil of October 21st, 1969; English translation published in *International Legal Materials*, (1969), (Vol. 9), p. 180.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> The text of the amended Mexican Penal Code is cited in the *Diario Oficial* of Mexico, of December 24th, 1968; English translation published in *International Legal Materials*, (1969), Vol. 9), p. 185. For further examples, see G. F. FitzGerald, *Canadian Yearbook of International Law*, (1969), (Vol. 7), p. 269, at pp. 272-277.

hijacking seems in practice, right from the outset, to have been limited, in the case of aircraft, to non-military, private and usually commercial, aircraft.

Two further elements in contemporary usage of the term hijacking, as applied to aircraft, may be mentioned. First, with very rare exceptions, the hijacker or hijackers do not seem to have tried to rob the aircraft's passengers or the air crew, or the aircraft's cargo. Second, there does not seem generally to have been any intention, on the part of the hijackers, to take over the aircraft permanently, the intention being essentially to use the aircraft, as a means of arriving at a particular and immediate destination desired by the hijackers and then to abandon it. As such, the act of hijacking of an aircraft seems to bear analogies to the offence, in the Common Law World, of illegal "joyriding" in someone else's motor vehicle, rather than to theft in the strict sense.

Apart from the cases of forcible diversion of military aircraft during the Cold War years, the most spectacular example of the forcible diverting of a civil aircraft from its regular flight plan-up to the time of the current spate of "Cuban" hijackings—was clearly the aerial kidnapping of five Algerian F.L.N. leaders, including Mr. Ben Bella, on October 22nd, 1956, on a flight from Rabat, Morocco, to Tunis. The five Algerian independence leaders had been invited by the Sultan of Morocco to a conference at Tunis, and their aircraft, a DC-3, operated by the Chérif Company of Morocco, was intercepted over the High Seas by the French authorities and ordered to land at Algiers, then, of course, still French territory. The Moroccan Government contended that the aircraft was Moroccan and that its diversion, under French orders, to French-held Algiers, constituted an act of piracy and that the French authorities had violated the international law as to the freedom of the air. Of course the validity of the action of the French authorities turned on the aircraft's nationality, since only the State of the aircraft's nationality could exercise sovereignty over the aircraft over the High Seas. As Professor de La Pradelle has pointed out, according to the law as it existed in 1956, the aircraft was French for it carried the marks of nationality and registration corresponding to its inscription on the French registry: failing a new law conceding independence to Morocco in civil aviation matters, the DC-3, even though operated by a Moroccan company, still retained its French nationality and could legally be submitted to French police controls over the High Seas.<sup>3</sup>

The "Cuban" hijackings may be said to have begun really in 1961, and they arose directly from the United States-Cuban political confrontation in the aftermath of Fidel Castro's accession to power in Cuba and Castro's subsequent decrees expropriating American-owned property in Cuba. The United States Government had severed diplomatic relations with the Castro Government in January, 1961; and the first hijacking of an American commercial aircraft to Cuba seems then to have occurred, on May 1st, 1961, a National Airlines Convair being taken over, over Florida, by an armed Cuban who forced the pilot to fly the plane to Havana. The other passengers and the three crew members were allowed by the Cuban authorities to return to the United States in the same plane.

The second hijacking of an American commercial aircraft to Cuba took place on July 24th, 1961, with far more serious political implications. It involved an Eastern Airlines Electra, taken over by a gunman on a flight from Miami, Florida to Tampa, New Orleans and Dallas, with 32 other passengers and

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> See P. de La Pradelle, L'enlèvement aérien des chefs fellagah, Revue Générale de l'Air (1956) (Vol. 19, No. 1), p. 235. The Ben Bella affair is also discussed by M.-E. Valay, Le déroutement des aéronefs, Revue Générale de l'Air et de l'Espace, (1969), (Vol. 32, No. 3), p. 340, at pp. 343-4.

5 crew members on board. On arrival in Havana, the passengers and crew members were lodged overnight in the airport hotel in Havana, and allowed to return to Miami the next day on a Pan American flight. The Electra aircraft itself, however, was detained by the Castro Government in Havana, apparently as some sort of quid pro quo for the fact that some 25 Cuban aircraft (18 of them hijacked by Cuban refugees from the Castro régime) had, since mid-1959, been seized by various judicial authorities in the United States in pursuance to American court orders. President Kennedy indicated, in a Press conference on August 10th, 1961, that 14 of these Cuban planes had, since their original judicial seizure, been returned to Cuba, and 9 of them sold in response to the court orders in satisfaction of property judgments rendered by U.S. state courts. But President Kennedy also said that steps were being taken to prevent a repetition of such events, presumably by trying to ensure that the Cuban Government would raise the jurisdictional defence of sovereign immunity, in the future, in any proceedings involving its aircraft before American courts. On August 12th, 1961, a U.S. State Department press release indicated that the Electra plane would be released by the Castro Government on August 15th, in response to the U.S. Government's acceptance of the Cuban Government's assertion of the claim of sovereign immunity in respect to a Cuban naval vessel which had recently been seized and brought into United States territorial waters by anti-Castro Cuban refugees. On August 16th, 1961, the deal was in fact completed, with the Electra plane returning to the United States and the Cuban patrol boat returning to Cuba.

While there may have been hopes that this ad hoc accord between the United States and Cuba would lead to an ending of the hijacking of American commercial aircraft to Cuba, this was not to be the case. The hijackers of American planes in these later cases turned out, all too frequently, to be mentally deranged or psychotic individuals acting on their own initiative and not in pursuance of any direct, governmental orders, most of them, indeed, seeming to be United States' citizens. An elaborate, inter-governmental ritual appears, thereupon, to have been worked out between the United States and the Cuban authorities, acting through the good offices of the Swiss Consulate-General in Havana (which represents U.S. interests in Cuba since the breaking off of U.S.-Cuban diplomatic relations) to operate once a hijacked U.S. commercial aircraft should have landed in Havana. Under these arrangements, the passengers and crew of the hijacked aircraft have to stay overnight in Havana but are then permitted to return to the United States the next day, on a different aircraft (a non-jet) from the one that they have arrived on and one specially flown in from the United States, with its crew, for the purpose. The unofficial explanation advanced by the Castro Government for this requirement was that most of the hijacked American commercial aircraft are jets and that the José Marti international airport at Havana is not properly equipped to handle the take-off of a jet aircraft fully loaded with its normal complement of air crew and passengers. The hijacked aircraft itself is, however, permitted to return to the United States, empty save for its crew. The Castro Government then proceeds to bill the American commercial airline company concerned, at commercial rates, for the hotel accommodations and the living expenses of the air crew and passengers of the hijacked aircraft, and for the aircraft landing and take-off charges, the bill being transmitted to the U.S. Government through the Swiss Consulate-General. The hijacker himself appears, almost without exception, to be permitted by the Castro Government to remain in Cuba.

These elaborate arrangements have now been operated so many times as almost to have become a routine, for, over the years since 1961, the procedures seem to have worked smoothly and effectively and with a minimum of public complaint on either side. The air crew of American commercial passenger aircraft apparently have instructions not to resist armed hijackers, out of consideration for the safety of their passengers' lives; and the air crew apparently also have been issued with air route maps to Cuba and plans of the José Marti airport at Havana and even Spanish-language cards, to facilitate communications with hijackers.

Hijacking of planes in the Americas has not been limited, of course, to United States commercial passenger aircraft. The most frequent victim, apart from the United States, has been Colombia; and there have also been hijackings involving the aircraft of Brazil, Ecuador, Mexico, Peru and Venezuela, A hijacking of an American (Pan American World Airways) jet aircraft, on August 9th, 1961, in Mexican air space, however, produced a quick show-down between the Mexican Government and Cuba, facilitated by Cuba's effective political and commercial dependence on Mexico as the only country in the Americas still maintaining a regular, scheduled commercial passenger service to Cuba: after a French national. Cadon-identified by President Kennedy, in his press conference on August 10th, 1961, as having undergone medical treatment in New York earlier in the same year for mental aberrations—had hijacked the aircraft over Mexico on a flight from Mexico City to Guatemala, with the Colombian Foreign Minister among the passengers, the Castro Government, at the demand of the Mexican Government, not merely released the aircraft and its passengers and air crew, but also surrendered the hijacker himself for extradition to Mexico to face trial on charges of robbery and illegal possession of firearms. This seems to have been the only instance in which the Cuban Government has surrendered the hijacker himself to the country of nationality of the aircraft that has been hijacked; and it is reported that the hijacker, Cadon, was sentenced by the Mexican courts to 8 years and 9 months' imprisonment.

The Cuban hijackings, no doubt because of the perfectioning of the arrangements for the speedy release of passengers and air crew and the hijacked aircraft itself, have taken on something of the public appearance of an interesting and harmless adventure—even of a sort of humourous relief from the routine ease and comfort of contemporary jet-age commercial passenger air travel. On the other hand, it must not be overlooked that there has also been not inconsiderable passenger inconvenience, very great additional commercial operating costs, and the occasional serious injury or fatality resulting from the hijacking attempts, not to mention the ever-present hazard of an aerial catastrophe resulting from the excitement of the events surrounding the hijacking act itself and from the usually highly-strung emotional condition of the hijacker. Perhaps it is the comic opera character of the Cuban genre of hijacking, stemming in part from the very inequality in political, military, and economic power of Cuba and of the United States respectively, that accounts for the substantial failure of the World Community, up to date, to take any really effective measures to prevent those hijackings from continuing.

Hijacking begins to acquire pathological overtones when we move from the Americas to the Middle East and Mediterranean area. By the late 1960's, hijacking seems to have become accepted as a legitimate technique to be used in the organised blows and counter-blows that have highlighted the undeclared war of recent years in that region of the world, as the following, more notorious, examples would seem to indicate:

On June 30th, 1967, a French ex-convict, Bohdenan, hijacked, in Spanish air space, a small private commercial, British-owned aircraft flown by a British crew, and forcibly

diverted the aircraft, with its air crew and passengers (who included Congolese ex-Premier Moïse Tschombé,) to Algiers. The Algerian Government then proceeded to hold the aircraft. its air crew (2 Britons) and its passengers (3 Belgians, 2 Spaniards, and M. Tschombé, and the hijacker, Bohdenan), in close custody. The British air crew were not released until September 22nd, 1967—nearly three months later—and during all that time were permitted only four brief encounters with the British Consul-General in Algiers. The Belgian passengers were not released until September 30th, 1967, and (according to Le Monde, of Paris of July 9th, 1967) were also subjected to ill-treatment by the prison authorities during their detention. M. Tschombé was never released by the Algerian authorities, but died two years later, on June 29th, 1969, while still in Algerian custody—of a heart attack, according to the official announcement released by the Algerian authorities.4

Again, on July 23rd, 1968, a Boeing 707 jet airliner, owned and operated by El Al Airlines of Israel, on a flight from Rome to Tel Aviv, and while still in Italian air space (and with its air crew and 35 passengers aboard), was hijacked by Palestinian Arab gunmen and forcibly diverted to Algiers. The Algerian authorities almost immediately released the non-Israeli passengers. Then, after some days, the women and children among the Israeli passengers were released. Finally, after six weeks, and following on a public threat, by the International Association of Airline Pilots Associations, to place a boycott on all

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> See generally C. Rousseau, "Algérie et Congo-Kinshasa: enlèvement en avion de M. Moïse Tschombé au-dessus des Baléares et détention de l'ancien chef du gouvernement congolais par les autorités algériennes" (30 juin 1967), Revue Générale de Droit International Public (1968, no. 1), p. 145. The Tschombé affair is also discussed by E. du Pontavice, "La piraterie aérienne: notion et effets" Revue Générale de l'Air et de l'Espace, (1969) (Vol. 32, no. 3), p. 276, at pp. 278-9.

flights by its members into Algeria, the remaining 5 male Israeli passengers and the 7 Israeli crew-members were permitted to return to Rome, their original place of departure, on an Alitalia aircraft. The El Al Aircraft was then flown out of Algiers to Rome, by an Air France crew. At the same time, it was reported in the press that the Israeli Government had agreed to release "a certain number" of Palestinian Arabs convicted by Israeli courts, as a quid pro quo for the Algerian Government action.

On August 29th, 1969, members of the "Palestine Liberation Front" hijacked a Trans World Airlines Boeing jet, with 113 persons aboard, to Damascus, and after the forcible landing there, they proceeded to destroy the pilots' cabin with a time bomb. Two Israeli passengers—a University professor and a travel agent—were detained by the Syrian authorities and were not finally released until three months later, and then after the Israeli Government had agreed to exchange them for 13 Syrians held in Israel.

On January 9th, 1970, a 26-year-old Frenchman, Belon, hijacked a Trans World Airlines Boeing 707 to Beirut, announcing that he had done that "as a blow for the Arab cause". After reportedly being hailed as a hero by Lebanese newspapers and Lebanese political leaders (New York Times, January 24th, 1970), Belon was ordered released by decision of the investigating magistrate in Beirut. However, an appeal from this later reversed the magistrate's decision, and Belon was thereupon rearrested on a charge of having restricted the freedom of the passengers and air crew of the hijacked plane (ibid.)

These Mediterranean and Middle Eastern cases illustrate the extent to which, going well beyond the essentially non-political motivations of the "Cuban" hijackers, hijacking has now become one means, among many others, of trying to achieve

wide-ranging political objectives. Among such means, looking now only to events of recent months, are the machine-gunning of aircraft on the ground; the detonation of bombs in the company offices of an airline; the attacking of an airline terminal bus carrying airline passengers; and finally, and most seriously, the destruction, by time bombs or altitude air pressure bombs, of aircraft in flight, with consequent killing of passengers and air crew.

The mentally deranged, or moronic personality-types of the "Cuban" hijackings have been replaced now by a more determined and ruthless delinquent who, seemingly, will not hesitate to take other peoples' lives if considered necessary to the achievement of his own immediate political goals. But a further, and extremely important, difference seems to be that the hijacker may not merely expect to be permitted to remain in the country to which he has hijacked the aircraft, as in the case of the "Cuban" hijackings, and therefore not to be handed over to the country whose plane he has hijacked to face possible criminal prosecution; but, in certain cases, the hijacker may apparently now expect to be actively assisted in his hijacking by the airport administrations, and ultimately by the main governmental authorities of the country to which he has hijacked the aircraft. For it is clear, on the detailed factual record of the hijackings of the late 1960's, that the governmental authorities, in the countries to which aircraft have been successfully hijacked, have in certain cases voluntarily intervened to use passengers in the hijacked plane as hostages in ransom to achieve broader political goals going beyond the immediate objectives of the hijackings themselves.

Apart from this change in the basic personality, or psychopathology, of the hijacker himself, and the seemingly widening acceptance of hijacking as a legitimate instrument for effectuating general national foreign policy objectives, the public status of the hijacker has clearly been vastly improved by the tendency of the popular news media and the communication media generally, to romanticise or glorify the hijacker, minimising thereby the socially dangerous impact of his activities in inflicting deprivations upon the life and liberty and property of other persons and upon the freedom of the air generally. Thus, the New York Times reported recently that Carlo Ponti, the Italian film producer, plans to film the story of Raffaele Minichiello, the 20-year-old American Marine Corps deserter who hijacked a Trans World Airlines Boeing 707, between Los Angeles and San Francisco, and forced the air crew to fly him on a 17-hour, five-stop, trip to Rome. As the New York Times continued:

- "Mr. Ponti, who is married to Sophia Loren, said at a news conference in his office here that the movie, to be ready in March, would not make the hijacker a hero.
- "'Studying the facts, however', he added 'inevitably leads you to a certain understanding and to understand is to defend. The guilt', said Mr. Ponti, 'is not just his. It is also that of society.'
- "The producer's verdict has been widely echoed in other comments here as Italians have increasingly depicted Corporal Minichiello more as a folk hero than as an unbalanced juvenile delinquent..."

The rash of hijackings clearly is becoming contagious, under the spotlight of world publicity, for the incidence of hijacking now goes well beyond Cuba, and beyond also the Arab-Israeli undeclared war. Clearly no country, whatever its political ideology, is free from the risk of having its national aircraft hijacked, and the attendant dangers of an aerial catastrophe that go with it. On November 8th, 1968, 2 armed Italians, Panichi and Giovine, hijacked an Olympic Airways plane on a flight from Paris to Athens with 130 passengers, and compelled its air crew to return the aircraft to Paris. "You are being punished because you are flying to Greece", the two Italians told the air crew.

In September 1969, 3 armed members of the "Eritrean Liberation Front" hijacked an Ethiopian Airlines DC-6 on an internal flight from Addis Ababa to Djibouti with 5 crew members and 39 passengers, and forced it to land in Aden. The hijackers had originally ordered the pilot to fly to Mogadishu, capital of Somalia, but the pilot, not having enough fuel to reach Mogadishu, succeeded in persuading the hijackers to let him land at some other point still outside Ethiopia—in this case, Aden.

On October 19th, 1969, 2 nationals of East Germany, von Hof (aged 19) and Klemt (aged 24) hijacked a Polish Airlines LOT, Iliushin 18 aircraft on a flight from Warsaw to Brussels and compelled the air crew, when they were on the point of making a stop in East Berlin, to land instead in West Berlin. The two young hijackers, to compel the landing in West Berlin, threatened the pilot with revolvers and also hit the flight mechanic over the head. In the ensuing excitement, the pilot circled for 45 minutes, at a height of only 400 metres, over Berlin, before he finally decided to obey the hijackers' order and the pilot also failed to advise the Berlin Air Safety Command, over emergency radio frequency, of his course alteration, thereby violating international air safety regulations on two counts, with the resultant risk of an aerial collision.

In November, 1969, two nationals of Poland, both aged 20, hijacked a Polish Airlines LOT Antonov 24 aircraft on a flight from Warsaw to Bratislava, by entering the cockpit and holding toy pistols at the heads of the air crew, thereby compelling the plane to land in Vienna instead.

On March 17th, 1970, a passenger on an Eastern Airlines DC 9 jet, from New York to Boston, DiVivo (aged 27), when asked by a stewardess to pay for his fare, replied that had no money and produced a gun and demanded that the pilot takes him "East". DiVivo then proceeded to kill the copilot and to wound the pilot, being wounded himself in the ensuing scuffle. The pilot, though wounded, managed to land the plane at Boston, with its 66 passengers and crew of 5.

On March 31st, 1970, a group of nine Japanese students, aged between 16 and 27 years, members of a Japanese left-wing student group known as the Red Army, and armed with samurai swords, pistols, and home-made bombs, took over a Japanese jet airliner (Boeing 727), on a flight from Tokyo to Fukuoka, Japan, with 131 passengers aboard, and ordered it to proceed to North Korea. After a series of bizarre incidents, including a landing by the air crew at Kimpo, South Korea, which had been simulated to represent the airport at Pyongvang. North Korea, and the substitution of the Japanese Vice-Minister of Transportation, Mr. Yamamura, for the passengers who were being held as hostages by the hijackers, the plane reached North Korea with the hijackers, who were then permitted to stay by the North Korean authorities, Mr. Yamamura and the air crew members were allowed by the North Koreans to return to Japan.

On June 4th, 1970, a one-time bread truck driver, Arthur G. Barkley, who had earlier unsuccessfully attempted to bring suit in the United States Supreme Court claiming \$100,000,000 damages against the United States Government, hijacked a Trans World Airlines, Boeing 727, jet airliner, with 51 passengers aboard, on a flight from Phoenix, Arizona, and demanded \$100,000,000 in ransom money. The hijacker was captured only  $7\frac{1}{2}$  hours later, after he had forced the aircraft to make two landings at Dulles International Airport in

Washington, D.C., to collect the ransom money, and after a scuffle on the second landing in which the pilot was shot in the abdomen and the hijacker suffered a minor gunshot wound in the course of his capture.

On July 2nd, 1970, four hijackers tried to hijack a Caravelle jet, operated by the Brazilian airline Cruzeiro do Sul, on a flight from Rio de Janeiro to São Paulo and Buenos Aires. The hijackers—three men and a woman, who carried their weapons aboard the plane in padding that made the woman look pregnant—had demanded the release of 40 prisoners held in Brazilian jails, in return for the lives of the 34 passengers and seven crew members. On the return of the plane to Rio de Janeiro, the Brazilian Government, after several hours of negotiations with the hijackers, stormed the plane on the airport tarmac at Rio de Janeiro, pumping tear gas into the plane through the air-conditioning system, letting off smoke bombs, spraying the plane with water and dust, and forcing their way in through an emergency exit in the roof. The hijackers were captured, and the passengers and crew members successfully released.

On July 12th, 1970, a Saudi Arabian jet airliner, Boeing 707, with more than 140 people aboard, was hijacked on a flight from Saudi Arabia to Beirut, Lebanon, and ordered, at revolver-point, to land at Damascus, Syria. The pilot obeyed, although reportedly Saudi Arabian flights over Syria are currently banned because of a dispute between Syria and Saudi Arabia concerning the Saudi Arabian oil pipe-line to Beirut which runs through Syrian territory. The hijacker, believed to be a Saudi Arabian national, was reported to have been kissed by his Syrian captors, in Damascus, before being whisked away in a car.

The community response to the new challenge to the freedom of the air presented by the proliferation of hijacking incidents has been at the two different levels both international and national; and the response has come from both official (governmental) and from private (commercial and professional) organisations and authorities.

### C. INTERNATIONAL (INTER-GOVERNMENTAL) RESPONSES

### 1. The Tokyo Convention, 1963

The Convention on Offences and certain other Acts committed on board aircraft was signed at Tokyo on September 14th, 1963. According to Article 21 of the Convention, it was to come into force, as between signatory States ratifying the Convention, 90 days after the date of deposit of the twelfth instrument of ratification. Unfortunately, it was not until more than 6 years after its first signature—namely on December 4th, 1969—that the Tokyo Convention came into force, the twelfth signatory State required in terms of Article 21, the United States, having finally ratified on September 5th, 1969. The other signatory States that had ratified by that time were (in order of ratification), Portugal, the Philippines, Republic of China, Norway, Sweden, Denmark, Italy, Great Britain, Mexico, Upper Volta, and the Niger.

In spite of the extreme lagging of feet, even on the part of countries with large commercial airline establishments, in the ratification of the Tokyo Convention, it may be suggested that it is a comparatively innocuous convention with very few teeth in it. Article 3 (1) affirms that the state of registration of the aircraft is competent to exercise jurisdiction over offences and acts committed on board; while Article 6 (1) gives the aircraft commander, when he has reasonable grounds to believe that a person has committed or is about to commit a hijacking, power to:

- "impose upon such person reasonable measures including restraint which are necessary:
- (a) to protect the safety of the aircraft, or of persons or property therein...".

The main substantive provisions of the Convention, however, are contained in Article 11 (Unlawful Seizure of Aircraft):

- "Article 11 (1) When a person on board has unlawfully committed by force or threat thereof an act of interference, seizure, or other wrongful exercise of control of an aircraft in flight, or when such an act is about to be committed, Contracting States shall take all appropriate measures to restore control of the aircraft to its lawful commander or to preserve his control of the aircraft.
  - "(2) In the cases contemplated in the preceding paragraph, the Contracting State in which the aircraft lands shall permit its passengers and crew to continue their journey as soon as practicable, and shall return the aircraft and its cargo to the persons lawfully entitled to possession."

The Tokyo Convention, unfortunately, does not establish any obligation on the part of the States in whose territory a hijacked aircraft may land to punish the hijacker. The original draft convention, elaborated in Rome in 1962, had established such an affirmative obligation on the part of those States, in accordance with their own laws; but this provision was deleted from the final text adopted at Tokyo in the following year. Beyond this, the final Tokyo text avoids, altogether, the establishing of any obligation on the part of States in whose territory a hijacked aircraft may land, to allow the extradition of the hijacker, Article 16 (2) of the Convention expressly stipulating that nothing in the Convention is to be deemed to create an obligation to grant extradition.

Finally, it must be noted that the Tokyo Convention does not attempt to supply anything in the way of a formal definition of "hijacking", as such.

#### 2. Geneva Convention on the High Seas, 1958

The United Nations Conference on the Law of the Sea, in its Convention on the High Seas, contains certain provisions as to "piracy on the high seas or in any other place outside the jurisdiction of any State", imposing on all States a duty to "co-operate to the fullest possible extent in the repression of piracy" (Article 14). The Convention goes on to essay a definition of "piracy", and specifically extends it to cover aircraft as well as ships:

### " Article 15. Piracy consists of any of the following acts:

- "(1) Any illegal acts of violence, detention or any act of depredation, committed for private ends by the crew or the passengers of a private ship or a private aircraft, and directed:
- "(a) On the high seas, against another ship or aircraft, or against persons or property on board such ship or aircraft;
- "(b) Against a ship, aircraft, persons or property, in a place outside the jurisdiction of any State."

Article 19 of the Convention on the High Seas gives to every State the right, on the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any State, to—

"Seize a pirate ship or aircraft, or a ship taken by piracy and under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board."

The difficulty with the possible application of the Convention on the High Seas to the hijacking of aircraft lies in the

quite specific elements of the definition of piracy contained in Article 15. Apart from the specification that the acts concerned are to be committed "for private ends", which would seem effectively to exclude any contemporary examples where there is a dominant political motive in the hijacking, the pirate acts are to be committed "against another ship or aircraft, or against persons or property on board such ship or aircraft". None of the Cold War, or "Cuban", or Middle East and Mediterranean, cases of hijacking, cited above, would appear in any way to fall within this definition.<sup>5</sup>

3. United Nations General Assembly, Resolution: Forcible diversion of civil aircraft in flight.

(Resolution 2551 (XXIV) December 12th, 1969)

The United Nations General Assembly, on the report of the Sixth Committee, adopted, on December 12th, 1969, a resolution directed against "hijacking in all its forms, or any other unlawful seizure or exercise of control of aircraft". (Preamble.)

In the operative part of the resolution, the General Assembly:

"1. Calls upon States to take every appropriate measure to ensure that their respective national legislations provide an adequate framework for effective legal measures against all kinds of acts of unlawful interference with, seizure of, or

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> The difficulties and limitations inherent in any attempt at analogical extension of the classical international law as to piracy (whether customary or conventional) to cover the new problem of hijacking are well indicated in H. Valladão, "Piraterie aérienne: nouveau délit international", in *The Freedom of the Air* (E. McWhinney and M.A. Bradley, editors) (1968), p. 226. And see also, P. de La Pradelle, "Les détournements d'aéronefs et le droit international", *Revue Générale de l'Air et de l'Espace*, (1969), (vol. 32, no. 3), p. 249.

other wrongful exercise of control by force or threat thereof over, civil aircraft in flight;

"2. Urges States in particular to ensure that persons on board who perpetrate such acts are prosecuted".

The resolution concludes by urging support for the International Civil Aviation Organisation (ICAO) in current attempts to prepare a convention making the unlawful seizure of civil aircraft a punishable offence and providing for the prosecution of hijackers, and also by inviting States that have not already done so to ratify or accede to the Tokyo Convention of 1963.

It will be noted that, in its styling, the General Assembly resolution is hortatory only, and that it does not purport to be declaratory, in any way, as to the existing international law as to hijacking (lex lata).

### 4. United Nations Secretary-General: Good Offices

In a statement by the Under-Secretary-General, Legal Counsel (United Nations) delivered before the ICAO Legal Committee, on March 3rd, 1970, some official explanations are offered as to the role of the U.N. Secretary-General in some recent hijacking causes célèbres, and also as to the respective roles of the U.N. General Assembly and of ICAO. The Under-Secretary-General, M. Stavropolous, in referring to the U.N. General Assembly Resolution of December 12th, 1969, noted that the U.N. Secretary-General had addressed several personal and confidential letters to the Algerian Head of State concerning the EL AL aircraft hijacked to Algiers in July, 1968, and that the U.N. Secretary-General had pressed for an "unconditional" release of the aircraft and all the passengers and crew—"so as to preserve the principle that hijacking should not be a source of any advantage or gain whatsoever". It was stated that the Secretary-General had adhered to the same principle in using his good offices in late 1969 to obtain the release of the TWA aircraft and all its passengers and crew, hijacked to Damascus in August, 1969.

Taking note that the release of certain persons (presumably the Israeli nationals) detained in each of these two hijacking incidents was eventually the result of an exchange negotiated outside the United Nations, the Under-Secretary-General expressed the hope that the outcome of the then current ICAO debate would be to—

"eliminate such exchanges or 'deals', which place a reward upon the release of aircraft, passengers and crew, and hence can only encourage misguided individuals in the reprehensible practice of hijacking."

In the Introduction to his Annual Report in September. 1969, the U.N. Secretary-General condemned hijacking "perpetrated as an instrument of political action or reprisal". The Under-Secretary-General commented on this that, while the political aspect of hijacking may dominate in the public mind, political motives have not been the real reasons for most hijackings, and that the hijackers for the most part have either been mentally deranged or else attempting to escape criminal prosecution, military service and even family obligations. The effect of this was that such persons could not be said to be entitled in any way to political asylum, and the problem of asylum was therefore not a major consideration in the elaboration of any draft convention, the real issue being to ensure as early as possible that the hijackers be punished and that individuals no longer hope to go unpunished if they should seize an aircraft.

Commenting on the respective roles of the U.N. General Assembly and of ICAO, the Under-Secretary-General said that the U.N. actions thus far had "centred around efforts to mar-

shal public opinion"; further, that the U.N. General Assembly "did not seek to undertake detailed legal drafting, this being the responsibility of ICAO"; and, finally, that every effort had been made in the General Assembly in the debate on hijacking in the autumn of 1969, to "make the item concerned a technical one and not to highlight political aspects which could have prevented the adoption of any resolution whatsoever".

5. International Civil Aviation Organisation, Legal Committee, Draft Convention prepared by the Sub-Committee on Unlawful Seizure of Aircraft (LC|SC SA-Report II, October 3rd, 1969), and adopted by the Legal Committee (with amendments), (Doc 8865, LC|159, March 16th, 1970).

The Assembly of ICAO had requested the ICAO Council to study measures to cope with the problem of unlawful seizure of aircraft, and the ICAO Council referred the matter to its Legal Committee which established a special sub-committee. The sub-committee met in February, 1969 and prepared a draft convention which was referred back to the ICAO member-States for their comments. A resumed session of the sub-committee, meeting in September-October, 1969, prepared a new draft convention taking note of the various national criticisms. This new draft convention was then debated and finally adopted, with various, largely minor, amendments, by the Legal Committee for transmission to the Council of ICAO, at the session of the Legal Committee held in Montreal in February and March, 1970. The current draft convention (the March, 1970 draft) is recommended by the Legal Committee of ICAO as an autonomous convention, capable of adherence or ratification independently of the Tokyo Convention of 1963. The Legal Committee does not exclude the possibility, however, of the draft's being finally adopted in the form of a Protocol to the Tokyo Convention.

The draft convention is to be submitted to, and debated by, a special diplomatic conference, scheduled for The Hague in December, 1970.

The draft convention, as already noted (supra), essays a definition of unlawful seizure (hijacking):

- "Article 1. Any person who on board an aircraft in flight:
  - "(a) unlawfully, by force or threat thereof, or by any other form of intimidation, seizes or exercises control of that aircraft, or attempts to perform any such act, or
  - "(b) is an accomplice of a person who performs or attempts to perform any such act,
  - " commits an offence."

Several important innovations in the draft convention, in comparison with the Tokyo Convention of 1963, are the following. First, every contracting State is to undertake to make the offence of hijacking punishable under its own national laws—" by severe penalties" (Article 3). Again, as to jurisdiction, each contracting State is, apart from any existing national criminal jurisdiction, to take steps to establish its national jurisdiction over hijackings in the twin situations when the offence is committed on board an aircraft registered in that State, or when the aircraft lands in its territory with the alleged offender still on board (Article 4).

The draft convention, according to the original legal subcommittee whose report in October, 1969, gave rise to the final text in March, 1970, does aim to see that the State in whose territory the hijacked aircraft has landed will, "save in exceptional circumstances", either prosecute the hijacker itself or else extradite him for prosecution in some other State having jurisdiction (Articles 6 and 7). This particular objective, it must be noted, is hardly attained in foolproof fashion: Article 7 throws the initiative back to the Ministry of Justice of the State in which the hijacker has compelled the aircraft to land, and the final decision as to prosecution will clearly turn upon the effectiveness of the national laws concerned and also upon the degree of interest in obtaining a successful prosecution on the part of the relevant national authorities:

"Article 7. The Contracting State.... shall, if it does not extradite the alleged offender, be obliged to submit the case to its competent authorities for their decision whether to prosecute him. These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of other offences."

The draft convention rather carefully skirts the issue of whether the State in which the hijacked aircraft has been landed must allow extradition of the hijacker to the State of registration of the aircraft when the latter State has requested extradition; or whether it can refuse to allow extradition. The legal sub-committee in its report of October, 1969, notes that it was unanimous in thinking that—

"the Convention should not attempt to prevent any State to refuse extradition of the person concerned in conformity with its law"

The draft convention as adopted by the Legal Committee in March, 1970, stipulates only that the offence of hijacking shall be—

"deemed to be included as an extraditable offence in any extradition treaty existing between Contracting States. Contracting States undertake to include the offence as an extraditable offence in every extradition treaty to be concluded between them." (Article 8 (1));

and that Contracting States which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall—

"recognise the offence as an extraditable offence between themselves subject to the conditions established by the law of the State requested to extradite" (Article 8 (2)).

There had been a proposal, in the Legal Committee debate, to add to these provisions as follows (proposed new Article 8 (3)):

"The Contracting States shall on request extradite the perpetrators of the offence of unlawful seizure of aircraft to the State of registration of the aircraft."

This proposal had been accompanied by a proviso (proposed new Article 8 (4)) to the effect that it should not affect—

- "(a) the right of the State to grant territorial asylum to persons being in real danger of death or other serious punishment for political activities;
- "(b) the principle of non-extradition of own nationals of a respective Contracting State."

This proposed new text for Article 8 (3) was rejected in the Legal Committee by a vote of 18 to 5, and consequently the related proposed new Article 8 (4) was not put to the vote.

Article 8 (3) as it stands in the draft convention as finally adopted by the Legal Committee does seem to add to the jurisdictional bases by stipulating that hijacking be treated, for the purpose of extradition, as if it had been committed in any one of the following three places: the place in which the hijacking occurred (presumably the national air space, if any, in which the hijacking took place); the territory of the State of registration of the aircraft; the territory of the State in which the hijacked aircraft lands with the alleged offender still on board. (Article 8 (3)).

### D. NATIONAL (GOVERNMENTAL) RESPONSES NATIONAL LAWS

In view of the relative newness of the act of aerial hijacking, very few countries have as yet passed laws specifically and in terms dealing with the offence of hijacking. Where the hijacking is accompanied by actual violence visited against the air crew or passengers, or by robbery from their persons or luggage, any country having jurisdiction under its national laws could no doubt fairly easily apply existing standard provisions of its Criminal Code or other criminal laws covering these offences. It might also be possible to apply existing national laws covering such offences as unlawful detention, kidnapping, abduction. Prior to the passage, in 1961, of a special amendment to the Federal Aviation Act of 1958, for example, the United States Justice Department tried to reach cases of aerial hijacking by prosecuting the hijackers on such charges as transporting a stolen aircraft in interstate commerce, kidnapping the persons aboard, or obstructing commerce by threats of violence.

(1) U.S. Law. In 1961, the U.S. Congress amended the Federal Aviation Act to provide for the offence of "aircraft piracy" defined in being—

"any seizure or exercise of control by force or violence or threat of force or violence and with wrongful intent, of any aircraft in flight in air commerce".

The offence of aircraft piracy, as so defined, is to be punishable by the death penalty, or, failing that, by imprisonment for not less than 20 years. The amendment also penalises the carrying of concealed deadly or dangerous weapons on board an aircraft by unauthorised persons.

- (2) Cuban Law. On September 16th, 1969, the Cuban Government promulgated a new, special law on hijacking, which is remarkable, among other things, for its lengthy Preamble. Among the recitals in the Preamble:
  - "... Diversions by force of ships and planes from their normal routes and activities jeopardise the lives of innocent persons in real danger because of their political activities, in infringe national and international laws..."
  - "Although in a few cases the hijackings have been caused by persons in real danger because of their political activities, in other instances they have been the work of common criminals, persons of immoral conduct, the mentally unbalanced or socially maladjusted, eager to change their country of residence, or those motivated by strictly personal reasons that cannot be classified in any way as revolutionary...".

The Cuban law is stipulated as applying, inter alia, to the

"diverting a ship or plane from its normal route or activities by deceit, bribery, violence, or intimidation, or in connivance with any member of the crew" (Article 1 (b));

#### and to the

"jeopardising the safety of a ship or plane, of the persons or property on board, of third parties, or the order and discipline within such plane or ship". (Article 1 (c).)

The Cuban law goes on to declare that persons committing any of these acts who arrive in Cuba may be returned to the State affected by their acts if they are claimed by that State (Article 2); but that these measures shall apply solely on bases of equality and strict reciprocity with respect to the States affected that enter into a bilateral agreement with Cuba on the application of the same policy (Article 3). When Cuban

nationals are involved, Cuba reserves the right to apply its own legal measures (Article 4). Finally, Cuba reserves the right to grant asylum, when it deems it to be justified, to persons coming to Cuba for political reasons,

"having found it necessary to employ extreme means in order to escape from a real danger of death or grave repression". (Article 5.) 6

# E. INTERNATIONAL PRIVATE (NON-GOVERNMENTAL) RESPONSES

### 1. The International Air Transport Association (IATA)

IATA is an international private, non-governmental association of more than 100 domestic and international scheduled airlines. In a press statement of January 13th, 1969, its Director-General called for government support to have hijacking and similar acts of armed intervention declared as "international crimes comparable to piracy and genocide", and he also called on U.N. member nations to bring criminal charges against those committing such offences.

In a further statement issued on September 2nd, 1969, the Director-General divided the actual cases of unlawful intervention against aircraft into the three distinct categories: those (the vast majority) where action was taken by mentally unbalanced or abnormal persons; a small number of hard-core political actions; and finally cases where explanations given were of a political nature but where underlying factors were psychological. The Director-General called attention to an effective absence of legislation, international or national, to deal

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Published in *Prensa Latina*, Havana, September 19th, 1969; English translation published in *International Legal Materials* (1968), vol. 8), p. 1175.

with the problems, thereby leaving a gap in the law for mentally unbalanced or unstable people. While welcoming the then current work in ICAO for the elaboration of a Draft Convention, the Director-General of IATA sounded a warning as to the general utility of the treaty-based approach to solution of the problem:

"... the inevitably slow process of signing and ratifying an international convention, which as experience shows can take many years, does not lead us to believe that a quick solution lies in this field."

Again, on September 17th, 1969, the Director-General of IATA reiterated that any United Nations action against hijacking of civil air transport should include condemnation of such hijackings as "international crimes equivalent to piracy on the high seas or genocide".

On February 23rd, 1970, immediately following on the fatal bomb explosion which destroyed a Swissair aircraft in flight, and a similar bomb explosion on board an Austrian Airlines aircraft, the Director-General of IATA called for increased protection at airports, particularly at transit airports which he described as the "weak links in the chain of counter-actions".

On March 9th, 1970, a special meeting of IATA's Executive Committee released a statement calling for reinforced measures directed against the "proliferation of aggression against civil aircraft". On the part of governments, IATA called for international legislation to make unlawful seizure of an aircraft an international offence carrying severe penalties prior to considering any request for political asylum: for international legislation to punish the placing of explosives on board an aircraft. On the part of airports IATA called for proper co-ordination of airport security amongst all interested agencies (postal au-

thorities, customs, immigration, local law enforcement authorities): for security measures such as the screening of passengers, baggage and cargo by means of decompression chambers, X-ray equipment, chemical detectors; for screening of all forms of airmail. On the part of airlines, IATA asked for maximum exchange of information on security; for standardisation of security measures; for effective liaison with government agencies and airport authorities.

# 2. The International Federation of Airline Pilots Associations (IFALPA). Amsterdam Resolution, March, 1969.

The International Federation of Airline Pilots Associations had intervened in the case of the July, 1968, hijacking of an El Al Aircraft to Algiers, when its threat of a boycott on the part of its members of all flights into and out of Algeria had been followed, almost immediately, by the release of the El Al aircraft and its crew and the remaining passengers who had not yet been released in the six-week period intervening since the original hijacking of the aircraft.

At its conference in Amsterdam in March, 1969, the International Federation adopted a special resolution under the title "Freedom of Transit—Hijacking of Civil Aircraft". After reciting in its preamble that the "lack of action by world governments could end in a major catastrophe", the resolution goes on to provide that, "in the event of a State failing to institute appropriate punishment against a hijacker", the principal officers of the International Federation are authorised to initiate appropriate action, which may include action to:

- "Ban all air traffic into the offending State;
- "Effect co-ordination with other organisations to restrict the movement of aircraft of the offending State and further to restrict the movement of cargo to and from the offending State, whether it be by air or surface transport".

Beyond that, the resolution approves the principle of a world-wide strike of 12 to 24 hours "to focus public attention on this most pressing problem of air safety".

In its report accompanying the Amsterdam resolution, the International Federation suggested that its members bring pressure on their own States to ensure that no bilateral air transport agreement be concluded or renewed with other States unless those bilateral agreements include a firm undertaking by each party to apprehend hijackers landing in their territory and either to prosecute and sentence them, or else to return them under suitable physical restraints to the State of registration of the aircraft for prosecution. The report also pressed for extension of the Tokyo Convention to include—

"offences committed against aircraft, passengers and crew on board or outside the aircraft, whether in the air or on the ground";

and for the inclusion, in the Tokyo Convention, of more specific provisions requiring the State where the aircraft lands to apprehend the hijackers and either to prosecute and sentence them or to return them, under suitable physical restraints, to the State of registration of the aircraft.

## F. QUESTIONS CONCERNING EXISTING LAW RELATING TO HIJACKING OF AIRCRAFT

The following questions seem to follow from the foregoing discussion:

(1) To what extent, if at all, is the existing international law of piracy (whether customary international law, or conventional, treaty law) applicable to the act of hijacking of an aircraft in its contemporary manifestations?

- (2) Does the Tokyo Convention of 1963, as it now stands—assuming, of course, some more general, near universal, signature and ratification of that convention in the future—provide adequate international controls for the problem of hijacking of aircraft? It not, then:
  - (a) should the Tokyo Convention be supplemented by some special protocol or else by a further convention?

and

- (b) what substantive provisions should any such special protocol or further convention contain?
- (3) In particular, who should have jurisdiction over the hijacking? The State of registration of the aircraft?; the State in whose air space or on whose territory the hijacking occurred?; the State in whose territory the hijacked aircraft landed?; the individual States of nationality of the members of the air crew and of the passengers of the hijacked aircraft? Should such jurisdiction be concurrent, or should one or more of the foregoing States be given primacy or priority in terms of launching a prosecution?
- (4) Should the definition of hijacking be limited to the forcible taking over or diversion of the aircraft, in flight, following upon action inside the aircraft?; or should it also include (as recommended by IFALPA) offences committed against the aircraft, passengers and crew on board or outside the aircraft, whether in the air or on the ground?
- (5) Should the international law as to hijacking include specific provisions requiring the State where the aircraft lands to apprehend the hijacker and either to prosecute him itself, or else to return him under appropriate physical restraint to any other State having jurisdiction and desirous of prosecuting the hijacker?

(6) As to requests for extradition of a hijacker to another State or States to face prosecution, should the extradition be automatic, once the request is made by a State having jurisdiction to prosecute the hijacker; or should such requests for extradition remain subject to a "political exception" in favour of bona fide requests for political asylum?

In other words, do you think that the right to request, and the right of a State to grant, political asylum should not be any different, as between hijackers and other species of delinquents? If not, what differentiations would you make as to claims to political asylum as a human right, advanced by, or in behalf of, hijackers?

- (7) Should jurisdiction over hijackers be vested in an international tribunal or should it be left to existing national tribunals? If the latter, would it be useful to try to specify, by international convention, the scope and content of the definition of hijacking, and the minimum applicable penalties; and if so would you favour any one of the definitions so far advanced (for example the IFALPA formulation, *supra*), or the penalties provided under any existing special national laws on hijacking (for example, under the U.S. Law of 1961)?
- (8) More generally, do the conventions and draft conventions take into account sufficiently all relevant general principles of international law, including jus cogens? If not, would you favour this Commission's attempting, itself, to elaborate a new draft convention on hijacking, or would you prefer, instead, the Commission's attempting a statement of the lex lata and lex terenda on the subject?
- (9) Finally, do you consider that the problem of hijacking lends itself to solution by international law (whether international legislation, conventions and the like, or customary international law); or do you think, rather, that under present political

conditions it can only be effectively controlled by national legislation or by the action of private, non-governmental associations and groups (IATA, IFALPA, for example)? If the latter, do you see any special problems of international law involved in any such private, non-governmental action?

Montreal, March 31st, 1970.

# II. Comments of Members of the Eighteenth Commission in response to preliminary study and questionnaire of Rapporteur of March 31st, 1970. General Summary.

The answers and comments made in reply to the questions posed in Part F of the Preliminary Study indicate the principal dilemmas for the jurist in a problem area at once so urgent in view of the constant danger to human life and personal security, and so highly political in view of all the considerations of state policy involved in the concrete examples today of hijacking and the illegal diversion of aircraft generally, and in related problems of aerial security and the protection of aircraft, whether on the ground or in the air, airports and airport installations, and airline facilities generally, from acts of sabotage and violence.

The first question concerned the nature and scope of the existing international law concerning hijacking and the illegal diversion of aircraft generally. The English-language term, hijacking, perhaps because of its special historical antecedents, has a rather more precise and limited connotation than the French-language term, le détournement des aéronefs. On the other hand, in more popular usage in both languages, the term aerial piracy (piraterie aérienne) is employed as a convenient

synonym; and quite obviously hijacking has certain elements in common with classical international law notions of piracy. Our first question, therefore, raised the question of the extent to which, if at all, the existing international law of piracy (whether customary or conventional, treaty law) applied to the act of hijacking an aircraft. In general, our colleagues (Messrs. Eustathiades, Feinberg, von der Heydte, Miaja de la Muela, Salmon, and Verziil), considered the existing International Law of Piracy to be quite inapplicable to hijacking. M. Salmon, in particular, took note of the failure of recent ventures to enlarge the traditional notions of piracy, notably on the part of the Portuguese and the Venezuelan governments in the Santa Maria and the Anzoategui affairs respectively. On the other hand, Mr. McDougal, thought that the customary International Law of Piracy is capable of generic extension and does indeed apply, and that hijacking is therefore an "international" crime; and that if there be any doubt about this. a U.N. General Assembly resolution should be sought for reinforcement.

The second question concerned the Tokyo Convention of 1963, which came into force, finally, on December 4th, 1969, three months after the twelfth signatory State had ratified it. The question was whether the Tokyo Convention provided adequate international controls for the problem of hijacking of aircraft; and, if not, whether it should be supplemented by some special protocol or else by a further convention, and also what substantive provisions any such further measure should contain. The general reaction, Mr. Salmon perhaps apart, was that the Tokyo Convention is a quite inadequate response to the problem of hijacking and that a fresh start is needed (Messrs. Eustathiades, Feinberg, von der Heydte, McDougal, Verzijl). Mr. Eustathiades recorded his disappointment at the deletion from the original 1962 (Rome) draft of the Tokyo

Convention, of an affirmative obligation on the part of States in whose territory a hijacked aircraft may land to punish the hijacker, which, in his view, constitutes an important *lacuna* in the law; while Mr. *Feinberg* preferred the new draft convention of March 16th, 1970, prepared by the ICAO Legal Committee, on Unlawful Seizure of Aircraft. Mr. *von der Heydte* had general doubts about the use of a protocol to a treaty to regulate a major question; and, beyond this, he felt that in the particular case of the Tokyo Convention, the addition of a protocol could slow down the process of universal ratification. Mr. von der Heydte preferred a special treaty, to deal with the employment of violence against aircraft as such, against their crew, and against the passengers.

In the third question, we raised the question of criminal jurisdiction over hijacking, and the question of priority in the event of there being two or more competing jurisdictions. With some individual nuances of approach, our members in general favoured universality of jurisdiction. Mr. Feinberg, in particular, made analogy to the application of universal jurisdiction in the case of "infractions graves" under the four Geneva Conventions of 1949; and recalling also the Institut's own resolution on "le conflit des lois pénales en matière de compétence". adopted in 1931, when the Institut pronounced itself in favour of a universal jurisdiction in the case of an infraction against the general interests protected by international law such as piracy and damage to the means of international communication. As to the issue of priority, Mr. Eustathiades felt this was linked to extradition, while Messrs. Salmon and Verzijl felt no need for a strict order of priority. Mr. McDougal, on the other hand, would give priority in jurisdiction to the State of registration of a hijacked aircraft. Mr. von der Heydte, for his part, distinguished between compulsory jurisdiction and optional jurisdiction; in particular, he thought that the State of registration of

the aircraft and also the state in whose territory the hijacked aircraft first landed, should be obliged under international law to exercise criminal jurisdiction; while every other interested state should be capable of exercising criminal jurisdiction if it so desired.

The fourth question was directed to the definition of hijacking, and whether it should be limited to the forcible taking over or diversion of aircraft, in flight; or whether it should also include offences committed against the aircraft, passengers and crew on board or outside the aircraft, whether in the air or on the ground. The Commission members, on majority, clearly opted for a broader definition, and one that would include acts committed on the ground, on the basis of the need for a comprehensive treatment of the whole problem (Messrs. Feinberg, von der Heydte, McDougal, and Verzijl). Mr. Eustathiades, while taking the narrower view of the ambit of the definition of hijacking, pointed to the possibilities for interpretation contained in the definition of "in flight". On the other hand, several members (Messrs. Feinberg and Salmon) noted that the question went, in part, to the mandate of the Commission: Mr. Feinberg, while supporting the broader definition, felt that if there were any doubt as to the Commission's jurisdiction, a ruling might be obtained from the Institut's Bureau. Mr. von der Heydte favoured speaking simply of the employment of violence, or the threat of employment of violence, in matters of civil air transport.

The *fifth* and *sixth* questions tended to be somewhat related in the answers furnished by several members. As the *fifth* question, we asked whether the International Law as to hijacking should include specific provisions requiring the state where the aircraft lands either to prosecute the hijacker, or else to return him to any other state having jurisdiction and wanting to prosecute him. As the *sixth* question, we asked whether the

extradition should be automatic, once the request had been made by a state having jurisdiction to prosecute; or whether such requests for extradition should remain subject to a "political exception" in favour of bona fide requests for political asylum.

To the fifth question, six of our members answered in the affirmative, (Messrs. Eustathiades, Feinberg, von der Heydte, McDougal, Miaja de la Muela and Verzijl). On the sixth question, five of the Commission members were in favour of abolishing the political exception to extradition or the claim to political asylum (Messrs. Eustathiades, Feinberg, von der Heydte, McDougal, and Verziil). Mr. Eustathiades, saw the nature of the delict involved as favouring the elimination of the political exception to extradition, drawing analogy, here, from the 1937 Convention for the Prevention and Repression of Terrorism. Mr. Feinberg, in advancing a similar opinion, referred to the Institut's own resolution of 1892 eliminating-" des crimes les plus graves au point de vue de la morale et du droit commun, tels que l'assassinat, le meurtre, l'empoisonnement, les mutilations . . . ", from the category of political delicts: he also noted that the Genocide Convention of 1948 prescribed that Genocide and the other acts enumerated in the convention should not be considered as political crimes for purposes of extradition, and that, beyond that, the Universal Declaration of Human Rights, in Article 14, affirms that the right of asylum, cannot be invoked in the case of "prosecutions arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations." Mr. von der Heydte considered that the power to grant asylum is limited. especially in those cases where the persons seeking asylum have violated the common interests of all the World Community; he referred here, (like Mr. Eustathiades), to the so-called "Belgian " clause concerning political outrages, which excluded the possibility of political asylum for those who had committed, or attempted to commit, an outrage against a Head-of-State, a clause, as he pointed out, that had received virtually universal acceptance (save for Great Britain, Greece, and Switzerland). In arguing for the application of a similar rule to those who committed crimes of violence against aircraft, Mr. von der Heydte referred also to the principle of proportionality, contending that the "right" in whose name those who sought asylum had violated the laws was certainly inferior to the rights of free circulation in air travel. Mr. Salmon, by contrast, insisted that extradition could not be automatic, and that the exceptions of political crime or of right of asylum should be respected.

In the seventh question, the issue was raised as to whether jurisdiction over hijackers should be vested in an international tribunal or else left to existing national tribunals, and the general opinion was that it should be left to national tribunals. Messrs. Eustathiades and Feinberg both saw merits in the abstract notion of referring jurisdiction to an international tribunal; but, taking note of the failure of the United Nations project for an International Criminal Court, were not optimistic as to the chances of such an international jurisdiction's ever being established.

In the eighth question, we raised the issue whether the conventions and draft conventions in this area sufficiently take into account all relevant general principles of international law, including jus cogens; and, if not, whether the Commission itself should attempt to elaborate a new draft convention on hijacking, or else a statement of the lex lata and lex ferenda on the subject. Of those who directed themselves to this question, Mr. Feinberg and Mr. McDougal seemed to favour a declaration of clarifying principles. Mr. Feinberg referred specifically to the resolution on aerial piracy adopted in April,

1970, by the Consultative Assembly of the Council of Europe, asking that "aviation sanctions" be applied against any violating state. On the issue of *jus cogens*, Mr. Feinberg suggested that criminal acts directed against civil air navigation should be considered as violating the most elementary principles of humanity, morality and law; and that therefore rules regulating this matter should be counted among the "imperative rules" of international law, and thus binding also on states that refused to ratify or adhere to any convention on the subject—this in accord with the World Court's opinion on the Reservations to the Genocide Convention.

Mr. Verzijl, taking note of current activity in ICAO in this general field, felt that the Commission most profitably should seek to take a position on any ICAO draft conventions, or else to formulate an independent statement of what an international convention on the subject should contain, without stressing a possible distinction between lex lata and lex ferenda. Mr. von der Heydte thought that the Commission's task was three-fold; first, to establish the already applicable norms of international law, or lex lata; then, on this base, to make propositions de lege ferenda; and finally, to try and summarise all this by uniting the norms of lex lata with the propositions as to lex ferenda in a draft international convention. Beyond this, Mr. von der Heydte, while recognising the existence of a jus cogens in public international law, was not optimistic as to its contribution to this particular subject.

Finally, Mr. Eustathiades considered that the Commission should try to elaborate a draft convention reconciling the rules actually in force with solutions de lege ferenda.

As our *ninth* and final *question*, we posed the issue of the law-in-action in this area, involving the question of whether the problem could best be resolved by international law, or rather by national legislative action; and whether, indeed, it lent itself

to solution more effectively by private, non-governmental action, rather than by positive law sanctions, whether international law or national law. The most direct response to this particular question, perhaps, was by Mr. Feinberg: he suggested that it would be highly regrettable if, in default of action by States, the control of aerial piracy were to be left to the self-help of private, non-governmental associations like the airline pilots, and that the duty of the Institut was to lead the way in indicating legal solutions. Mr. von der Heydte tended to share this same view, suggesting that while non-governmental action had a certain value in this area, it could only prepare the way for necessary governmental measures and never replace those measures. In Mr. von der Heydte's view, the solution of the problem was to be found in a common agreement by States which had the duty to protect the freedom of air travel.

By comparison, Mr. McDougal, though looking to international legislation in this field, saw a role, also, for private enforcing action. Mr. Verzijl, by the same token, in supporting regulation by treaty, looked also to administrative controls of a preventive character, at airports, suggesting that prosecution a posteriori is not the main concern.

Mr. Eustathiades and Mr. Salmon supported an international convention in this area, Mr. Salmon also taking specific note of the advantages of initiatives at the national, governmental level and by private, non-governmental organizations, the latter in regard especially to preventive action.

It remains only to note several more general observations raised by Commission members in their responses to the foregoing questions. Mr. Salmon suggested the existence of an obligation of prevention on the part of States—a duty of "due diligence"—to ensure that the aircraft of foreign companies be not made the object of hijacking attempts; he also suggested that airlines have a special duty to preserve strictly their civil

character and not to proceed to the transportation of arms. Mr. Verzijl, for his part, raised the question of who is responsible for damage caused by hijacking; and also the question of the legal powers of state agents placed on board an aircraft with the object of controlling the conduct of passengers.

Mr. von der Heydte, for his part, submitted the following three general propositions as to the international law governing the problem:

- (i) The right to freedom of movement, in so far as it is a fundamental right that is generally recognised by civilised nations, includes at the same time the right to protection against any recourse to force in the matter of air traffic.
- (ii) All states are required under public international law to accord this protection not only to their own citizens but equally to every person having dealings with them in matters of air traffic, whether such a person uses an aircraft of those states' national registry; or whether he departs from one of those states' national aerodromes, or arrives there or makes a stop there; or whether he flies over the territory of those states.
  - (iii) To guarantee this protection, every state is obligated:
  - (a) to cooperate with other states to guarantee as much as possible the security of air travel;
  - (b) to refuse all protection and above all the right of asylum to every person who has committed or prepared an act of violence against the air crew or the passengers of an aircraft or against the aircraft itself;
  - (c) to punish every infringement by way of violence of the right of free circulation in air travel.

Finally, Mr. Miaja de la Muela felt that the general problem was to balance the necessity of a vigorous repression of acts of

illegal diversion of aircraft on the one hand, with the consideration that such acts of illegal diversion constituted, as a general rule, political delicts. Mr. Miaja de la Muela also considered that the qualification of an illegal diversion of an aircraft as a political infringement should be constitutive of a presumption iuris tantum, and in consequence should yield in the face of contrary facts.

### III. Extraordinary Assembly of the International Civil Aviation Organisation (ICAO) Montreal, June 16-30, 1970

The Extraordinary Assembly of ICAO was convened upon the request of eleven European States, following on the fatal bomb explosion which destroyed a Swissair aircraft in flight, and a similar bomb explosion on board an Austrian Airlines aircraft in flight, early in 1970. It was attended by 91 out of the 119 ICAO Contracting States, plus one non-contracting State, the Soviet Union.

The work of the Extraordinary Assembly can be divided into four main categories.

First, taking note of the rapid burgeoning of instances of unlawful seizure of aircraft throughout the world, and the comparatively small number of States, nevertheless, that had become parties to the Tokyo Convention of 1963, the Assembly urged all States to become parties to the Tokyo Convention as soon as possible; or, failing that, at least to give effect to the provisions of Article 11 of the Convention (restoring control of aircraft to its lawful commander; permitting passengers and crew to continue their journey as soon as practicable, and

returning aircraft and its cargo to the persons lawfully entitled to possession) (Committee B).

Second, taking note of the ICAO Legal Committee's draft convention on Unlawful Seizure of Aircraft (of March 16, 1970), the Assembly called upon all the ICAO Contracting States to attend the diplomatic conference, scheduled for The Hague in December 1970, for purposes of consideration of the draft convention, and to agree on adoption of such a convention (Committee B).

Third, the Assembly gave consideration to the problem of acts of violence against international civil aviation, other than those covered by the draft convention on Unlawful Seizure of Aircraft. Cited here specifically, by way of example, were acts of violence against aircraft on the ground, airports and air navigation facilities. The Assembly concluded that it was necessary to adopt provisions additional to those of international agreements now in force such as the Tokyo Convention. or currently proposed such as the draft convention on Unlawful Seizure. The Assembly, therefore, directed the ICAO Council to convene the Legal Committee, if possible not later than November, 1970, in order to prepare a draft convention on Acts of Unlawful Interference against International Civil Aviation, with a view to adoption of the draft convention at a further diplomatic conference not later than the summer of 1971 (Committee B).

Fourth, the Assembly undertook a series of steps designed both to publicise the problem created by acts of violence against aircraft, aircraft crews and passengers, and also to develop more appropriate security and preventive measures against such acts. Thus the Assembly voted to adopt a Declaration, in which it:

"Urgently calls upon States not to have recourse, under any circumstances, to acts of violence directed against international civil air transport and airports and other facilities serving such transport;

Urgently calls upon States, pending the coming into force of appropriate international conventions, to take effective measures to deter and prevent such acts and to ensure, in accordance with their national laws, the prosecution of those who commit such acts."

In the operative part of the Declaration, the Assembly: "Solemnly

(3) Condemns all acts of violence which may be directed against aircraft, crews and passengers engaged in, and against civil aviation personnel, civil airports and other facilities used by, international civil air transport." (Executive Committee.)

At a more concrete and practical level, the admonitions contained in the Assembly's Declaration were accompanied by some quite specific measures. Thus, the President of ICAO was directed to prepare an official letter to the Heads of Government of all States invited to the Extraordinary Assembly requesting them urgently to implement all resolutions of the Assembly, in the interest of public safety for all States.

Again, the Assembly addressed itself to the question of adoption of standards and recommended practices, and implementation of security measures by States. Among other things, it directed the Secretary-General of ICAO to develop, with the utmost speed, a Security Manual. Other measures proposed were the development of international airport security committees; the exchange of information between States and the sharing of research and development on weapons and explosives detection, ranging from highly sophisticated technological

detection apparatus to training of aviation industry personnel in the basic psychological behaviour characteristics of "hijackers"; development and implementation of adequate inspection and protection of aircraft on the ground, including adequate security isolation areas at airports for aircraft and also procedures for isolating transit passengers from airport visitors, and incoming and departing passengers; development of adequate surveillance systems and procedures over airport area, airport perimeter, and surrounding area; and development and implementation of strengthened airport security systems and guard personnel, including surveillance, monitoring, electrical fencing, armed patrols (Committee A).

It will be noted that, of the work of the June, 1970, Extraordinary Assembly, only the first two categories, cited above (Tokyo Convention, and draft convention on Unlawful Seizure) fall wholly within the jurisdiction of our Commission as established in our terms of reference. The third category appears to be generally outside our jurisdiction, while the fourth category is capable of applying equally within and without our jurisdiction.

### IV. Bilateral approaches to International Law-Making— Linking of bilateral air agreements to ICAO International Conventions relating to unlawful interference with civil aviation

Among the more interesting proposals directed towards international law-making in the field of aerial piracy—in default of more comprehensive action by way of multilateral conventions,—was the suggestion, at the ICAO Extraordinary Assembly from June 16-30, 1970, for a possible new approach

towards securing the enforcement of international obligations under ICAO conventions relating to unlawful interference with civil aviation. As advanced in a discussion paper submitted by the Canadian delegation to the Extraordinary Assembly, since scheduled international air transport is generally based on bilateral agreements, directly to link such agreements to the appropriate ICAO conventions might be an effective method of providing for a system of penalties to be invoked against States failing to implement their obligations under conventions to which they were parties. The proposal, specifically, was to annex to all existing and future bilateral air agreements between ICAO member-States a special clause setting out the appropriate provisions of ICAO conventions which deal with unlawful interference: the intention would be that, in the event a State failed to implement its international obligations under the special clause, the other party to the bilateral air agreement would have the right to suspend operation of such air agreement on short notice. A resolution to circulate this proposal for purposes of study was adopted at the ICAO Extraordinary Assembly. On the other hand, several delegations, and notably the United States and Australian delegations, cautioned against the proposal on the basis that the same objective could best be achieved by a multilateral convention binding on all States. and that the bilateral approach would involve a substantial number of administrative burdens, and in the end be relatively ineffective.

## V. General considerations

Our Commission's charge—the examination of the question of the control, by legal means, of the new problem of hijacking of aircraft—has, perhaps necessarily and inevitably, a high political content. The political factors inherent in the problem seem not merely (as in the United States-Cuban cases), to have complicated and delayed solution of what has become, from the mildest standpoint, an international nuisance harmful to all nations and one in which all nations have a common, reciprocal interest in solution; but occasionally (as in the Middle East cases), to have become the predominant element in the problem, with the act of hijacking itself being used, directly or indirectly, to achieve overriding national policy objectives not obtainable by other, more conventional (and presumably more legal) means.

On the one hand, we seemed left with the question whether certain principles such as security of the main media of communication in general and of civil air transport in particular, may not be so important to the harmonious co-existence of different peoples in the interdependent World Community of today as to warrant special legal protection as imperative principles of international law, or jus cogens.

On the other hand, the political reality seems to be that the complex of conflicting national interests involved in the problem is such as to prevent any substantial international consensus developing as to a really comprehensive international convention outlawing the unlawful seizure of aircraft or interdicting crimes of violence directed against aircraft generally. The problems and lengthy delays involved in securing ratification even of such a comparatively innocuous measure as the Tokyo Convention of 1963 suggest a certain element of caution as to the possibilities of achieving any substantial steps in the direction of international law-making in the hijacking area by the conventional, multilateral treaty route.

A broadly-based multilateral treaty text runs the very real risk of failure to secure any significant or timely number of national ratifications necessary either to give it formal validity (the six-year delay in the coming into force of the Tokyo Convention was due to the failure, during that time, to secure the required minimum number of twelve ratifications); or for that matter to give it practical, operational utility in an area of international relations where national activities are, much more than usually, interlocking and interdependent, and where, therefore, a substantial unanimity of international action is needed.

This suggests, at first sight, that the most immediately fruitful approach to international law-making in regard to the hijacking problem is likely to come much less from a multilateral approach than from bilateral action involving the co-ordination of different national approaches. Thus, two or more countries might decide to penalise, in terms of their own municipal, criminal law, hijacking and the unlawful seizure or diversion of aircraft, and also perhaps crimes of violence directed against aircraft and their passengers and crew generally. These countries could then conclude bilateral agreements with each other stipulating for the reciprocal enforcement and application and recognition of such national laws, and perhaps also for the automatic extradition, without benefit of political exception, of delinquents contravening those laws. Again, and recognising that the practical commercial operation of the civil aviation industry around the world is dependent upon the legal support of the welter of bilateral treaties and accords conferring landing rights and similar privileges on a mutual, reciprocal basis, countries could always, if they so wished, seek to introduce concepts of "good neighbourliness", as special conditions of any new bilateral treaties that they might negotiate in the future, or as new terms of old bilateral treaties that they might agree to extend for the future. "Good neighbourliness", in the context of bilateral air agreements, could include, for example, and this quite specifically, acceptance of an obligation of prompt release of the passengers and crew and the aircraft itself in the case of a hijacking, and also rendition of the delinquent hijacker for criminal prosecution. More generally, "good neighbourliness", in the context of bilateral air agreements, could include formal adherence to, and strict compliance with, the Tokyo Convention of 1963 and any further multilateral conventions that might be concluded in this general area.

Once again, the political realities suggest that acceptance of a mutual obligation of "good neighbourliness" in civil air transportation, of this character, is likely to be on a "regional" basis, and effectively limited to countries with a substantial homogeneity as to general social and cultural values and to countries, therefore, without any major possibility of ideological conflict over concrete cases of hijacking. Further, as a weapon to employ in the negotiating of bilateral air agreements, the likelihood is that it will be limited effectively to those countries that are especially favoured in terms of having choice commercial landing rights to confer—especially, perhaps, the countries on the two Atlantic seaboards.

Another possibility, in default of any sustained multilateral approach to international law-making in regard to hijacking, is through the action of private, non-governmental associations, such as the commercial airlines themselves and their international private association, IATA, and the International Federation of Airline Pilots Associations. The objection to the latter, in spite of some seeming demonstrations, in the past, of the political efficacy of the threat of a total economic boycott directed against airline flights into or out of an offending country (a country failing immediately to release a hijacked plane and its passengers and crew, after they have been forced to land in its territory) is that it involves recourse to self-help and action outside the law. In some cases, indeed, such measures

may involve direct contraventions of the national laws of individual persons trying to apply the boycott, or raise conflicts with their existing contractual obligations, thus placing these persons in a somewhat invidious position. In many respects, it would seem, for the Institut to approve or condone recourse to such measures, simply because of the default of other, more positive measures, would be to admit to a counsel of despair and to acknowledge the breakdown of possibilities of effective legal action.

More encouraging, because seemingly perfectly compatible with existing international and national law are the various security measures, involving searching of baggage, screening of passengers by psychological tests and other means, application of scientific and chemical testing devices, better controls over access by strangers to aircraft and aircraft landing facilities and to passengers in transit, even closer supervision of automatic insurance-selling machines at airports. It is obviously too early to assess the full impact of these measures, but conferences like the Extraordinary Assembly of ICAO in Montreal in June. 1970, both help to disseminate knowledge of such "preventive" control measures among the smaller national airlines. and also to develop forms of technical assistance in providing such facilities for countries that otherwise could probably not afford to develop really sophisticated preventive controls if left to their own initiative alone. At best, however, these measures are probably only auxiliary ones, ancillary to any legal regulation at the international or the national levels.

This then leaves the basic issue of the approach to be developed by our own Commission in regard to the problem of hijacking. I think, in the light of the answers to my Preliminary Study received from individual members of the Commission, that we can reduce the dilemma as to strategy to the following questions:

(1) How broadly are we, as a Commission, to define the problem? Is it hijacking—the unlawful seizure of aircraft simpliciter, or is it something more? The point has been tellingly made, in our Commission's own discussions and elsewhere, that the problem of hijacking in the strict sense cannot sensibly be divorced from the wider context of crimes of violence against aircraft, whether in the air or on the ground, and whether attacks on airport installations, airline offices and buses, or acts of terrorism of the nature of the recent bomb outrages against Swissair and Austrian Airlines.

On the other hand, to treat the problem in a broader context, in this way, would seem, according to normal principles of interpretation, to exceed the mandate of the Commission as originally defined for us by the Bureau of the Institut. My understanding is that the Institut has generally preferred to insist on a strict definition of the mandates of individual Commissions, and on a strict adherence to those mandates, once defined. If need be, if that is the wish of members of the Commission, I can ask the Bureau to re-define our mandate so as to enable us to consider crimes of violence against aircraft. airports, and airline facilities generally; or else I can always suggest that these complementary problems be entrusted to another Commission in the future. I would appreciate your advice on this point. In the absence of any formal change in our mandate, I would propose that we limit ourselves to the subject of hijacking stricto sensu.

(2) In approaching the subject of hijacking in the strict sense, should our Commission aim at drafting the text of a model, multilateral international convention, or should we con-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Compare the comments of R. H. Mankiewicz, in *International Law Association. Report of the Fifty-Third Conference* (Buenos Aires, 1968), (1969), pp. 113-4.

tent ourselves with elaborating a statement of principles "which might inspire the conduct of States"? The quotation is taken from the text of the resolution presented by the Institut's Twelfth Commission (Measures concerning accidental pollutions of the seas) and adopted by the Institut at its 1969 (Edinburgh) session. I shall note that there seems to be a tendency in the Institut itself, in dealing with the newer category of internationational law problems, to proceed by way of a statement of principles, rather than by the draft convention route. Since it seems agreed that this is, in fact, a new area of international law, I take it that, on either approach, we shall be not merely attempting to locate the lex lata, but also necessarily getting into questions of the lex ferenda too.

(3) A still further alternative is—falling short of any attempt at a definitive list of rules, or Statement of Principles in the formal sense—to attempt detailed criticisms of existing international projects for regulation of hijacking, either formal treaties like the Tokyo Convention of 1963 which still need more general ratification on the part of the World Community; or else draft conventions such as the one adopted by the ICAO Legal Committee on March 16th, 1970, which is to be presented to the projected diplomatic conference at The Hague in December, 1970. With the possibility of still further ventures in international law-making drafts on the part of international agencies in the future, it might well be that the most useful and constructive rôle for our Commission would be to offer reasoned critiques of the strengths and also the limitations of such drafts, rather than to attempt our own draft convention or Statement of Principles.

I would be grateful, therefore, if, whatever your answer to question 2, *supra*, you could furnish me with your opinions concerning:

- (a) The text of the Tokyo Convention, 1963 (Appendix 1 to the present Report);
- (b) The text of the draft Convention on Unlawful Seizure of Aircraft adopted by the ICAO Legal Committee, March 16th, 1970 (Appendix 4 (b) to the present Report).

One final comment. Even perhaps without our Commission's achieving a new, model, multilateral convention, the very fact of our discussing the problem in depth may be itself clearly a contribution to the regulation of the problem of hijacking. It is clear that, until quite recently, the Foreign Ministries or Justice Departments of very many countries just did not take the problem of hijacking seriously, or at least did not give it a high priority in their own national roster of urgent international law problems. Thus, as we have noted, it took a full six years to obtain the minimum number of 12 ratifications necessary to bring into force the Tokyo Convention of 1963; and a number of major airline countries—Switzerland and Austria, for example—were not among the first 12 to ratify. Yet, after the fatal bomb explosion on a Swissair plane, and the similar bomb explosion on an Austrian Airlines plane, in February, 1970, these two countries were prime movers among the small group of European countries that were successful in convoking the Extraordinary Assembly of ICAO, held in Montreal in June, 1970. Clearly, there is a new sense of the necessity for united action on the part of the members of the World Community, in this area; and while the overriding political barriers, already referred to, still remain, there seem new prospects of some regulation, by one or other of the routes indicated above.

Montreal, July 21st, 1970.

## VI. Drafts of Resolutions

1. Draft of Resolution by the rapporteur on Unlawful Acts of Seizure of Aircraft—(Version A).

Whereas unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight jeopardise the life and health of passengers and crew in disregard of commonly accepted humanitarian considerations:

Whereas such unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight seriously affect the operation of international air services, and undermine the confidence of the people of the world in the safety of civil aviation;

Whereas such unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight constitute violations of the freedom of air travel and the freedom of movement generally;

# The Assembly,

Urges all States that have not yet done so to ratify or accede, as soon as possible, to The Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft, signed at Tokyo on 14 September, 1963, in conformity with the Convention.

Urges States, even before ratification of, or adherence to, the Tokyo Convention, to give effect to the principles of Article 11 of that Convention.

Draft of Resolution by the rapporteur on Unlawful Acts of Seizure of Aircraft—(Version B).

Whereas unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight jeopardise the life and health of passengers and crew in disregard of commonly accepted humanitarian considerations:

Whereas such unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight seriously affect the operation of international air services, and undermine the confidence of the people of the world in the safety of civil aviation;

Whereas such unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight constitute violations of the freedom of air travel and the freedom of movement generally;

The Assembly,

Reserving for a later investigation the study of the prevention and repression of all other acts of violence capable of endangering the safety of air travel;

Urges all States that have not yet done so to ratify or accede, as soon as possible, to The Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft, signed at Tokyo on 14 September, 1963, in conformity with the Convention:

Urges States, even before ratification of, or adherence to, the Tokyo Convention, to give effect to the principles of Article 11 of that Convention.

Draft of Resolution by the rapporteur on Unlawful Acts of Seizure of Aircraft—(Version C).

Whereas unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight jeopardise the life and health of passengers and crew in disregard of commonly accepted humanitarian considerations;

Whereas such unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight seriously affect the operation of international air services, and undermine the confidence of the people of the world in the safety of civil aviation;

Whereas such unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight constitute violations of the freedom of air travel and the freedom of movement generally;

The Assembly,

Reserving for a later investigation the study of the prevention and repression of all other acts of violence capable of endangering the safety of air travel;

Urges all States that have not yet done so to ratify or accede, as soon as possible, to The Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft, signed at Tokyo on 14 September, 1963, in conformity with the Convention:

Urges States, even before ratification of, or adherence to, the Tokyo Convention, to give effect to the principles of Article 11 of that Convention;

Urges full support for the efforts of the International Civil Aviation Organisation directed towards the speedy preparation and implementation of a convention providing for appropriate measures with respect to making the unlawful seizure of civil aircraft a punishable offence and with respect to the prosecution of persons who commit that offence.

2. Draft of Resolution by the rapporteur on alleviation of consequences of unlawful acts of seizure of aircraft.

Whereas it is desirable that appropriate measures be adopted by States to alleviate the consequences of an unlawful act of seizure or exercise of control of aircraft in flight;

# The Assembly,

Urges all States to take all appropriate measures immediately to restore control of an unlawfully diverted aircraft to its lawful commander or to preserve his control of the aircraft, and immediately to return the aircraft and its cargo to the persons lawfully entitled to possession;

Urges all States to permit the passengers and crew of an unlawfully diverted aircraft immediately to continue their journey on the same aircraft, or as soon as arrangements can be made for other transportation in the event the unlawfully diverted aircraft is unserviceable:

Urges all States to develop and utilise appropriate measures to ensure the personal safety and human dignity and the welfare of passengers and crew of unlawfully diverted aircraft until their journey can be continued;

Urges all States to adopt measures for the immediate notification of the State of registration of an unlawfully diverted aircraft when such aircraft has landed in their territory. 3. Draft of Resolution by the rapporteur on national criminal deterrents against unlawful seizure of aircraft.

Whereas the deterrence of unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight can be greatly facilitated through the imposition by all States, under their national criminal law, of severe penalties for such acts, and through vigorous efforts by all States to ensure that the perpetrators of such acts are brought to trial under such national criminal law;

# The Assembly,

Urges all States that have not already done so to enact, with all possible speed, provisions in their national criminal law establishing severe penalties for the unlawful seizure or exercise of control of aircraft in flight.

4. Draft of Resolution by the rapporteur on extradition of persons committing unlawful acts of seizure of aircraft.

Whereas the deterrence of unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight can be greatly facilitated through the prompt extradition of persons committing such acts to countries having jurisdiction over them and desirous of exercising that jurisdiction;

# The Assembly,

Urges all States to strengthen existing arrangements as to extradition by taking steps to make the offence of unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight an extraditable offence for purposes of any extradition treaty already concluded by them or to be concluded in the future;

Urges all States that do not make extradition conditional upon the existence of a treaty, to recognise the offence of unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight as an extraditable offence.

5. Draft of Resolution by the rapporteur on the linking of bilateral treaty obligations in air law to general international law obligations under the Tokyo Convention of 1963, and related multilateral conventions.

Whereas unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight violate the freedom of air travel and the freedom of movement generally;

# The Assembly,

Urges all States to take steps to annex to all bilateral air agreements that they have made or may make in the future a special clause setting out the provisions of the Tokyo Convention of 1963 and any other ICAO conventions dealing with unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight, and to make failure of the co-signatory immediately to perform obligations under the special clause a ground for suspending or terminating the operation of the bilateral agreement as a whole.

## VI. Projets de Résolutions

1. Projet de Résolution rédigé par le rapporteur sur le détournement illicite d'aéronefs. (Version A.)

Attendu que le détournement illicite d'aéronefs en vol met en danger la vie et la santé des passagers et de l'équipage au mépris de considérations humanitaires généralement acceptées;

Attendu qu'il porte une grave atteinte au bon fonctionnement des services aériens internationaux, et ébranle la confiance des peuples du monde dans la sécurité de l'aviation civile;

Attendu qu'il constitue une violation de la liberté des transports aériens et de la liberté de se déplacer en général;

#### L'Institut

Demande à tous les Etats qui ne l'ont pas encore fait de ratifier la « Convention relative aux infractions et certains autres actes commis à bord des aéronefs », signée à Tokyo le 14 septembre 1963, ou d'y adhérer, en conformité avec la Convention;

Demande aux Etats, avant même de ratifier la Convention de Tokyo ou d'y adhérer, de donner effet aux principes de l'article 11 de cette Convention.

Projet de Résolution rédigé par le rapporteur sur le détournement illicite d'aéronefs. (Version B.)

Attendu que le détournement illicite d'aéronefs en vol met en danger la vie et la santé des passagers et de l'équipage au mépris de considérations humanitaires généralement acceptées;

Attendu qu'il porte une grave atteinte au bon fonctionnement des services aériens internationaux, et ébranle la confiance des peuples du monde dans la sécurité de l'aviation civile;

Attendu qu'il constitue une violation de la liberté des transports aériens et de la liberté de se déplacer en général;

## L'Institut,

Réservant pour plus tard l'étude de la prévention et de la répression de tous les autres actes de violence pouvant mettre en danger la sécurité des transports aériens;

Demande à tous les Etats qui ne l'ont pas encore fait de ratifier la « Convention relative aux infractions et certains autres actes commis à bord des aéroness », signée à Tokyo le 14 septembre 1963, ou d'y adhérer, en conformité avec la Convention;

Demande aux Etats, avant même de ratifier la Convention de Tokyo ou d'y adhérer, de donner effet aux principes de l'article 11 de cette Convention.

Projet de Résolution rédigé par le rapporteur sur le détournement illicite d'aéronefs. (Version C.)

Attendu que le détournement illicite d'aéronefs en vol met en danger la vie et la santé des passagers et de l'équipage au mépris de considérations humanitaires généralement acceptées;

Attendu qu'il porte une grave atteinte au bon fonctionnement des services aériens internationaux, et ébranle la confiance des peuples du monde dans la sécurité de l'aviation civile;

Attendu qu'il constitue une violation de la liberté des transports aériens et de la liberté de se déplacer en général;

## L'Institut,

Réservant pour plus tard l'étude de la prévention et de la répression de tous les autres actes de violence pouvant mettre en danger la sécurité des transports aériens;

Demande à tous les Etats qui ne l'ont pas encore fait de ratifier la « Convention relative aux infractions et certains autres actes commis à bord des aéronefs », signée à Tokyo le 14 septembre 1963, ou d'y adhérer, en conformité avec la Convention;

Demande aux Etats, avant même de ratifier la Convention de Tokyo ou d'y adhérer, de donner effet aux principes de l'article 11 de cette Convention;

Demande que soit soutenue l'Organisation de l'aviation civile internationale dans ses efforts d'établir une convention prévoyant de faire du détournement illicite d'aéronefs un délit punissable, et l'inculpation des auteurs de ce délit.

2. Projet de Résolution rédigé par le rapporteur sur les remèdes à apporter aux conséquences du détournement illicite d'aéronefs

Attendu qu'il est désirable que des mesures appropriées soient prises par les Etats pour porter remède aux conséquences du détournement illicite d'aéronefs en vol;

## L'Institut,

Demande à tous les Etats de prendre des mesures appropriées pour que le commandement de l'aéronef soit rendu immédiatement à son commandant légitime, ou qu'il lui soit conservé, et pour que l'aéronef et sa cargaison soient restitués immédiatement aux personnes ayant un titre de possession légitime;

Demande à tous les Etats de faire en sorte que les passagers et l'équipage d'un aéronef détourné puissent poursuivre leur voyage sur le même appareil, immédiatement ou aussitôt que d'autres arrangements auront été pris dans le cas où l'aéronef détourné n'est plus utilisable;

Demande à tous les Etats d'agir pour que soient garantis la sécurité, la dignité humaine et le bien-être des passagers et de l'équipage de l'aéronef détourné jusqu'à ce que leur voyage puisse se poursuivre;

Demande à tous les Etats d'avertir immédiatement l'Etat de l'enregistrement qu'un avion détourné a atterri sur leur territoire.

3. Projet de Résolution rédigé par le rapporteur sur les moyens nationaux de prévenir le détournement illicite d'aéronefs.

Attendu que les Etats peuvent, dans une large mesure, prévenir les actes de détournement d'aéronefs, en prévoyant, dans leur droit pénal, des peines sévères pour de tels actes, et en faisant tous leurs efforts pour que les auteurs de ces actes soient poursuivis en conformité à ce droit;

## L'Institut

Demande à tous les Etats qui ne l'ont pas encore fait d'inclure dans leur droit pénal, avec toute la diligence possible, des dispositions qui prévoient des peines sévères pour les actes de détournement d'aéronefs en vol. 4. Projet de Résolution rédigé par le rapporteur sur l'extradition des auteurs de détournement illicite d'aéronefs.

Attendu que la prévention des actes de détournement illicite d'aéronefs peut être grandement facilitée par une prompte extradition de leurs auteurs dans les pays qui ont juridiction sur eux et qui sont désireux d'exercer cette juridiction;

## L'Institut

Demande à tous les Etats de renforcer les accords d'extradition existants en faisant du détournement illicite d'aéronefs en vol un délit entraînant l'extradition pour le bénéfice des traités d'extradition déjà conclus ou à conclure;

Demande à tous les Etats qui ne font pas dépendre l'extradition de l'existence d'un traité de reconnaître le délit de détournement illicite d'aéronefs comme un délit entraînant l'extradition.

5. Projet de Résolution rédigé par le rapporteur sur le lien à établir entre les obligations nées de traités de droit aérien bilatéraux et les obligations internationales générales nées de la Convention de Tokyo de 1963, et d'autres conventions multilatérales.

Attendu que le détournement illicite d'aéronefs en vol constitue une violation de la liberté des transports aériens et de la liberté de se déplacer en général;

#### L'Institut

Demande aux Etats d'ajouter à tous leurs accords bilatéraux relatifs au transport aérien, conclus ou à conclure, une clause spéciale reprenant les dispositions de la Convention de Tokyo de 1963 et de toute autre convention de l'OACI concernant le détournement illicite d'aéronefs en vol, et de faire du manquement du co-signataire à remplir immédiatement ses obligations découlant de cette clause spéciale, un motif de suspension ou de rupture de l'accord bilatéral dans sa totalité.

#### APPENDIX 1

# Individual Comments of the members of the Eighteenth Commission in response to Preliminary Study and Questionnaire of March 31st 1970, presented by Mr. McWhinney.

## 1. Comments by Mr. C. Eustathiades

Athènes, 12 juin 1970.

1. — Je ne crois pas que le droit international en vigueur concernant la piraterie puisse couvrir des actes de détournement forcé des aéronefs (the act of hijacking). En règle générale, les éléments constitutifs de la piraterie jure gentium ne se trouvent pas annulés dans les cas qui préoccupent notre Commission. Notamment, un acte cesse de tomber dans la notion de piraterie jure gentium lorsqu'il n'est pas accompli à des fins privées. Tel est bien le cas, par exemple, de navires au service d'insurgés non reconnus, navires pour lesquels on a souvent. abusivement, utilisé le terme de « navires pirates » (cf. Eustathiades, La qualification de navires comme pirates et la Conférence de Nyon pour la Sécurité en Méditerranée. Athènes 1939. « Etudes de droit international », t. II (1959). De sorte que, eu égard aussi bien au droit international traditionnel qu'au droit conventionnel nouveau (art. 15 de la Convention de Genève de 1958 sur la haute mer), l'on ne pourrait pas sans abus de mots parler de piraterie, notamment dans les cas de détournement d'aéronefs accompli en relation avec un objectif politique. Qu'il s'agisse, en matière de détournement illégal, d'un acte qui se manifeste dans un espace qui est res communis usus, comme cela arrive aussi avec la piraterie jure gentium, et que, d'autre part, cet acte entrave, comme le fait la piraterie, la liberté des

communications, cela ne suffit pas pour l'applicabilité, dans les cas de détournement des aéronefs, des règles concernant la piraterie.

Ce qui précède concerne la qualification juridique des actes ; mais aussi la sanction, car la piraterie déclenche la compétence universelle dans la répression, sans aller au-delà. Et il me semble qu'également à ce point de vue, une compétence concurrente de répression pénale, qui est le propre de la piraterie, ne suffirait pas sans le complément, lequel d'ailleurs pourrait constituer un élément d'élasticité, à savoir l'extradition. Le pirate hostes humani generis, peut être poursuivi, jugé et condamné par n'importe quel Etat aux mains duquel il se trouverait et dont la compétence à cette fin est fondée sur l'idée de protection des intérêts de l'humanité entière vis-à-vis d'un crime parmi ceux qu'on qualifie pour cela comme crime de droit international. Le hijacker est aussi un criminel international, et la concurrence de plus d'un ordre juridique dans la répression s'impose ici aussi. Mais du fait que certains ordres juridiques en sont plus directement atteints, l'on peut songer ici, et l'on doit songer, à l'extradition. Je ferais donc le parallélisme des détournements d'aéronefs plutôt avec le terrorisme international et j'en déduirais l'applicabilité du vieil adage qui me semble en l'occurrence approprié : aut dedere aut punire.

Les observations qui précèdent et qui justifient une réponse négative au point 1, ne signifient cependant pas que, dans des cas exceptionnels (comme celui survenu ces derniers jours, du détournement d'un avion américain avec demande de rançon de 100 millions de dollars) le parallélisme entre déroutement forcé et piraterie ne pourrait pas être poussé plus loin à cause du mobile lucri faciendi gratia.

2. — Certaines observations exposées au point 1 militent également en faveur d'une réponse négative à notre question n° 2.

La Convention de Tokio du 14 septembre 1963, entrée en vigueur le 4 décembre 1969 (les six années intermédiaires ne seraient-elles pas significatives?) pèche par son abstention d'établir à la charge des Etats contractants l'obligation de punir ou celle d'extrader. L'obligation qui y figure à l'article 11 est impuissante à servir de moyen efficace, préventif ou répressif, pour ce crime de droit international qu'est le détournement des aéronefs. Il y a là une lacune importante, sinon fondamentale, et ce serait peut-être aussi une indication décourageante que celle fournie par l'élaboration de cette convention, à savoir la suppression dans son texte définitif de l'obligation de punir, qui cependant figurait dans son projet élaboré à Rome en 1962, si entre 1963 et 1970 la multiplication des cas de détournement n'était pas survenue pour permettre la prévision d'un revirement de l'attitude prise en 1963. On ne pourra sortir de la difficulté qu'en adoptant la règle aut dedere aut punire.

Quant à la question que vous posez de savoir si l'on devrait procéder par la voie d'un protocole additionnel à la Convention de Tokio ou bien par une nouvelle convention, il y a là un problème qui n'est pas de simple technique juridique, de sorte qu'en l'absence d'éléments, je me réserve de me prononcer sur ce point, quoique à première vue, une convention nouvelle, autonome, me paraisse plus indiquée.

D'autre part, il est bien entendu qu'une définition du crime de déroutement ne devrait pas être laissée à la discrétion des ordres juridiques internes de chaque Etat contractant et ainsi pouvoir varier d'Etat à Etat, mais être donnée par la Convention elle-même, afin d'avoir une notion uniforme acceptée généralement, — ne serait-ce qu'un dénominateur commun, — quitte à laisser à chaque Etat la compétence d'élargir la notion du détournement qui serait établie par un texte minimal conventionnellement accepté.

3. — L'Etat du premier atterrissage et l'Etat d'immatriculation de l'aéronef (et aussi l'Etat de l'aéroport de départ?)

La question de la priorité dans l'exercice de juridiction est liée avec la réglementation, indispensable à notre sens, de l'extradition, problème qui, du point du vue ici envisagé, offre plusieurs aspects parmi lesquels l'un est le caractère politique du crime (cf. infra) et l'autre est l'obligation pour l'Etat du premier atterrissage d'extrader, en cas de demande, vers l'Etat d'immatriculation de l'aéronef (ou vers l'Etat de l'aéroport de départ), aspects qui sont envisagés dans votre rapport et qui apparaîtront dans toute leur ampleur encore plus nettement au cours de nos travaux ultérieurs.

4. — A votre question, il me paraît qu'une clarification serait indiquée. Autre chose est la définition du détournement et autre chose les matières pour lesquelles une convention serait applicable. Strictement parlant, il semble que le déroutement illégal, par emploi ou menace de la force, n'embrasse que la saisie ou le changement de destination de l'avion lorsque celuici est en vol (in flight), comme est la définition qui se trouve dans le projet du Comité de l'ICAO. Aussi la précision devientelle nécessaire de savoir à partir de quel moment et jusqu'à quel moment l'avion est considéré comme étant « in flight » ainsi que vous le dites au début de votre rapport, mais pour prendre une attitude définitive à cet égard il serait peut-être nécessaire de connaître dans quelles circonstances de fait précises les détournements qui ont eu lieu jusqu'à présent ont été exécutés, de sorte qu'on puisse concentrer l'attention sur celle, parmi les définitions de in flight, qui présenterait le plus d'intérêt pratique pour une coopération internationale par voie conventionnelle.

Quant aux cas auxquels l'IFALPA étend la définition du hijacking, à savoir les actes dirigés contre l'aéronef, ses passa-

gers et son équipage, même lorsque ces actes ne sont pas commis à bord de l'aéronef ou lorsqu'ils ont lieu sur terre, une réglementation plus complète de toute la matière du détournement viserait également les dits actes, à moins que cela ne présente des difficultés particulières empêchant d'arriver quant au reste à un accord.

- 5. La réponse est en principe affirmative (cf. ci-dessus ma réponse aux points 1 et 2). La question ne se complique que par l'aspect envisagé au point 6 ci-dessous.
- 6. La question d'une « exception politique » me paraît être des plus importantes en matière de détournement. Le récent projet de convention du Sous-comité de la saisie illégale d'aéronefs (Unlawful seizure of Aircraft), du Comité juridique de l'ICAO, projet qui impose aux Etats contractants l'obligation (art. 2) d'examiner les faits de chaque cas en vue, soit de déclencher des poursuites contre l'auteur des actes, soit de l'extrader, n'introduit pas d'exception pour les cas où des motifs politiques auraient été avancés de la part de l'auteur. La majorité du Sous-comité admit toutefois qu'un Etat pourrait refuser l'extradition en tenant compte de l'allégation de mobiles politiques invoqués par l'accusé. Et le Sous-comité fut unanime pour admettre qu'en tout état de cause l'Etat auquel une demande d'extradition serait adressée, pourrait refuser d'extrader s'il considérait qu'une telle demande était faite dans un but politique : mais par un vote, et à la majorité, le Souscomité décida de ne faire figurer dans le projet aucune mention spéciale des crimes politiques. De la sorte, un Etat contractant ne pourrait pas être obligé de traiter les auteurs de détournements d'aéronefs comme des criminels politiques, quels qu'aient été les motifs de l'acte. Or c'était là, à notre avis, le moins qu'on ait pu faire pour concilier l'opposition des deux vues,

dont l'une était celle des Etats-Unis refusant toute inclusion dans le projet d'une exception politique, l'autre celle de ceux qui étaient pour la possibilité de la non-extradition en cas de mobiles politiques. En effet, si dans les cas « cubains » les détournements à base de motifs politiques ne sont qu'exceptionnels, par contre, en Méditerranée et au Proche et Moyen-Orient, les cas montrent que les détournements étaient liés à des fins politiques. Dès lors une convention internationale qui se fonderait sur le principe de non-extradition pour délits politiques perdrait une grande partie de son efficacité si elle ne constituait pas, pour l'avenir, un encouragement pour une forme odieuse d'activité « politique » dangereuse pour des vies humaines et particulièrement atroce et menaçante pour le commerce international et la liberté de l'air.

Le caractère atroce et inhumain des actes et le grave danger que ceux-ci présentent, ainsi que la nécessité d'une étroite coopération internationale dans un système conventionnellement accepté de répression internationale, militent en faveur de l'élimination du principe de non-extradition pour délits politiques. En cette matière un parallélisme s'impose, à mon sens, avec la Convention de 1937 pour la prévention et la répression du terrorisme. Là aussi la nature des crimes et leur caractère international a conduit à abandonner ce principe. Il va sans dire qu'à cet égard la question de l'extradition en matière de déroutement ne se poserait qu'au cas où l'Etat, au pouvoir duquel se trouve l'auteur des actes, ne procèderait pas, lui, à sa poursuite et à son jugement. Aut dedere aut punire.

Si la Commission considérait que cette ligne est la meilleure à suivre en général dans nos travaux, des aspects secondaires qui demanderaient à être prévus dans un projet de convention, pourraient être résolus en s'inspirant de la Convention susmentionnée sur le terrorisme (cf. Eustathiades, Nouvelles tendances en matière d'extradition pour délits politiques, « Etudes de droit international », t. I).

7. — La compétence d'un tribunal international se justifierait sur la base de raisons qui seraient en partie les mêmes que celles avancées jadis pour la création d'une cour pénale internationale pour la répression du terrorisme (cf. Eustathiades, Revue générale de droit international public, 1936). Cependant, l'échec de cette tentative ainsi que la suite réservée, plus tard, au sein des Nations Unies au projet d'une cour criminelle internationale, ne laissent pas de larges marges d'espoir pour la réussite d'une nouvelle tentative dans le domaine spécial des détournements d'aéronefs. La question ne pourrait être envisagée de façon réaliste que tout au plus sous l'aspect d'une clause (ou protocole) facultative. Toutefois, ce qui précède ne doit pas être compris comme signifiant qu'il faudrait abandonner d'ores et déjà toute approche du sujet dans ce sens. J'y verrais même qu'on pourrait peut-être clore par là une échappatoire de la part des gouvernements qui, dans certains cas spéciaux, ne voudraient ni punir ni extrader.

Quant à la juridiction des tribunaux nationaux, elle devrait être comprise toujours dans le cadre de l'alternative punir ou extrader. Et dans un tel cadre, une convention internationale devrait indispensablement contenir une définition des actes punissables ou pouvant donner lieu à extradition.

Enfin, quant aux peines à prévoir, il semble qu'elles doivent être sévères et prévues, quant à leur minimum, par voie conventionnelle (cf. la loi des Etats-Unis de 1961).

8. — Je serais d'avis que notre Commission, et l'Institut, au lieu d'essayer de rédiger une déclaration sur ce qui est en cette matière lex lata et ce qui relèverait de la lex ferenda, distinction qui d'ailleurs rencontrerait des difficultés pour être faite, feraient mieux de s'efforcer d'élaborer un projet de convention

dont les dispositions reflèteraient, de par leur contenu, le souci de concilier des règles en vigueur avec des solutions, réalisables, de lege internationali ferenda.

9. — Par voie internationale conventionnelle.

Constantin T. Eustathiades.

## 2. Comments by Mr. Nathan Feinberg

Jérusalem, 10 juin 1970.

- 1. Les éléments constitutifs du crime de la piraterie tel qu'il est défini à l'article 15 de la Convention sur la Haute Mer de 1958, ne sont point identiques à ceux du crime étudié; même l'interprétation la plus extensive de l'article ne permettrait pas d'englober le détournement illicite des aéronefs.
- 2. Je suis pleinement d'accord avec vous lorsque vous affirmez que la Convention de Tokio de 1963 est « a comparatively innocuous convention with very few teeth in it ». Son insuffisance est évidente.

Bien qu'un Etat qui se déclarera prêt à adhérer à une convention prévoyant la répression pénale du détournement illicite des aéronefs ne puisse avoir de raisons valables pour ne pas faire partie de la Convention de Tokio, je ne vois cependant pas d'objections à ce que la convention en préparation par l'Organisation de l'aviation civile internationale soit proposée aux Etats comme un instrument indépendant; ceci d'autant plus que les dispositions de l'article 11 de la Convention de Tokio, qui, somme toute, constituent les dispositions les plus essentielles, se trouvent maintenant insérées dans le texte du

projet de convention tel qu'il a été établi par le Comité juridique de l'Organisation.

3. — Aux termes de l'article 4, paragraphe 1, du projet de convention, les Etats contractants doivent s'engager à « établir [leur] compétence aux fins de connaître de l'infraction dans les cas [suivants]: a) si elle est commise à bord d'un aéronef immatriculé dans cet Etat : b) si l'aéronef atterrit sur son territoire, avec l'auteur présumé de l'infraction se trouvant encore à bord ». Même en tenant compte du fait que, conformément au paragraphe 2 de cet article, l'extension de la compétence pénale par la législation nationale des Etats contractants audelà des cas mentionnés n'est pas exclue, il me paraît que le projet de convention n'est pas assez extensif. La communauté internationale se trouve en face d'un nouveau crime qui porte atteinte à la liberté et à la sécurité de la navigation aérienne. met en péril la vie d'hommes innocents et crée un climat de terreur. Si l'on veut véritablement prévenir ces actes et ne laisser en aucune circonstance leurs auteurs impunis, il est indispensable d'élever ce crime au rang d'un delictum juris gentium auquel, à l'instar de la piraterie et d'« infractions graves » des quatre Conventions de Genève de 1949, s'applique le principe de la répression universelle. Supposons que l'auteur de l'infraction atterrisse dans l'Etat A et réussisse à s'enfuir dans l'Etat B. Ne faut-il pas prévoir que l'Etat B soit compétent pour le juger s'il ne l'extrade pas ? Ou envisageons un autre cas: l'Etat où l'aéronef a atterri, étant attaché au principe de la non-extradition des nationaux, ou pour toute autre raison, il refuse d'extrader le malfaiteur et, à cause de la sympathie qu'il éprouve pour le but politique de l'acte, ne le traduit pas non plus devant sa justice. L'auteur de l'infraction pourrait, en pareil cas, se rendre dans n'importe quel pays, à l'exception de l'Etat d'immatriculation de l'aéronef et des Etats qui ont établi leur juridiction en la matière de leur propre gré.

Il est vrai que selon les articles 6 et 7 du projet de convention « tout Etat contractant sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé de l'infraction, s'il estime que les circonstances le justifient, assure la détention de cette personne » (« shall take him into custody », d'après la version anglaise) et s'il ne l'extrade pas, « soumet [' shall be obliged to submit', en anglais] l'affaire à ses autorités compétentes, afin que celles-ci décident s'il y a lieu d'engager des poursuites iudiciaires à l'encontre de l'intéressé ». Si l'on veut interpréter ces articles comme posant des règles obligatoires, la question surgit de savoir comment l'on peut prescrire à un Etat (qui n'est pas l'Etat d'immatriculation ou l'Etat où l'aéronef a atterri) d'envisager la poursuite d'un délinquant, lorsque cet Etat n'est pas tenu d'établir sa juridiction pour le juger. Et ne pourrait-il pas prétendre que, sa législation ne prévoyant pas juridiction en la matière, « les circonstances... justifient » son abstention.

Ayant opté pour le principe de la répression universelle, je tiens à rappeler que dans sa Résolution sur « le conflit des lois pénales en matière de compétence », adoptée en 1931, l'Institut s'est prononcé en faveur du principe que « tout Etat a le droit de punir des actes commis à l'étranger par un étranger découvert sur son territoire lorsque ces actes constituent une infraction contre les intérêts généraux protégés par le droit international (tels que la piraterie, la traite des noirs, la traite des blanches..., l'atteinte à des moyens de communication internationaux...) ». Si, il y a 39 ans, à l'époque où la question des atteintes aux moyens de communication internationaux était, en fait, dépourvue d'actualité, l'Institut a cru devoir aller assez loin dans ses conclusions pour ce qui touche la compétence des Etats de réprimer ces actes, il doit le faire à plus forte raison aujourd'hui, lorsque les crimes contre la navigation aérienne

civile pèsent comme un cauchemar sur l'humanité tout entière, menacent les intérêts communs de la collectivité des Etats et jettent l'épouvante et l'angoisse dans les cœurs de centaines de milliers de personnes qui s'embarquent quotidiennement partout dans le monde.

4. — En principe, il n'y a aucune raison pour limiter la réglementation sur le plan international uniquement aux délits commis à bord de l'aéronef en cours de vol, et ignorer les actes qui ne sont pas moins graves et tragiques et qui peuvent être commis sur terre. Votre exposé relate sur ce point des faits qui se passent de commentaires et qui exigent tout autant d'attention. Toute législation internationale qui ne traitera pas du crime dans son ensemble manquera son but.

Il est vrai qu'une question formelle peut se poser de savoir si la tâche assignée à notre Commission n'est pas limitée au « détournement illicite des aéronefs » proprement dit et s'il nous est permis de l'interpréter lato sensu. Je crois que la meilleure méthode à suivre serait de demander des éclaircissements à ce sujet au Bureau de l'Institut. Au cas où la réponse serait dans le sens restrictif, il serait souhaitable que la décision soit en même temps prise de compléter l'étude plus tard, soit par notre Commission, soit par une nouvelle commission instituée à ces fins.

5. — Il y a accord pour que le crime de détournement d'aéronefs doive être réprimé « de peines sévères ». C'est l'Etat d'immatriculation de l'aéronef qui me paraît le plus approprié pour juger l'auteur de l'infraction s'il en demande l'extradition, et c'est à sa juridiction qu'il faut donc, en principe, donner la préférence. Les tribunaux de l'Etat où l'aéronef atterrit (parfois même d'un autre Etat qui détient l'auteur de l'infraction) peuvent se montrer indulgents à son égard et n'offrent

donc pas les garanties nécessaires à une répression adéquate. Au cas où l'extradition n'est pas demandée ou à défaut d'extradition (par exemple, à cause de l'attachement de l'Etat requis au principe de la non-extradition des nationaux), l'Etat doit être tenu de le déférer à ses propres tribunaux, et non seulement, comme le prévoit l'article 7 du projet de convention, de « soumettre l'affaire à ses autorités compétentes, afin que celles-ci décident s'il y a lieu d'engager des poursuites judiciaires à l'encontre de l'intéressé »; car il est hautement désirable que les faits soient en toute circonstance appréciés par un organe judiciaire impartial.

6. — Selon le mémoire soumis en janvier 1970 au Comité juridique de l'O.A.C.I. par l'Organisation internationale de police (l'Interpol), le pourcentage des cas dans lesquels les auteurs des actes de détournement d'aéronefs ont invoqué des motifs politiques est de 64,4. D'après le rapport sur la piraterie aérienne, présenté par M. Peronnet, au début d'avril 1970, à l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, le nombre de ces cas se chiffre à 70 %, et pour ce qui touche l'Europe et le Moyen-Orient il est encore plus élevé. Il se peut que dans beaucoup de cas, comme on l'avait soutenu, la référence aux mobiles politiques ait été infondée. Mais quel qu'en soit le pourcentage, c'est avec beaucoup de justesse que le Secrétaire général des Nations Unies, U Thant, a souligné dans l'Introduction à son rapport à l'Assemblée générale de 1970 que si « hijacking is serious enough when it is conducted for the benefit of individuals », « it becomes even more reprehensible » « when it projects itself into the political field and is perpetrated as an instrument of political action or reprisal ».

Vous posez la question de savoir si l'on doit, pour ce qui est de l'extradition, tenir compte des motifs politiques de l'auteur de l'infraction. J'ai longuement réfléchi à cette question déli-

cate et il me paraît que, vu le caractère si odieux des actes de terrorisme dirigés contre la circulation aérienne et la nécessité impérieuse de garantir la certitude de leur répression, la réponse doit être négative. Je n'entrerai pas ici dans l'étude de la doctrine et de la jurisprudence de divers pays pour ce qui touche la notion du délit politique. Il suffit de dire qu'on n'a pas réussi jusqu'ici à tracer une ligne de démarcation nette entre délits politiques et crimes de droit commun et à préciser un critère clair et satisfaisant. L'Institut lui-même a, après de longues délibérations, adopté, en 1892 une Résolution en vue de l'élimination des « crimes les plus graves au point de vue de la morale et du droit commun, tels que l'assassinat, le meurtre, l'empoisonnement, les mutilations... » de la catégorie des délits politiques. La Convention sur le génocide de 1948 prescrit que « le génocide et les autres actes énumérés dans la convention ne seront pas considérés comme crimes politiques pour ce qui est l'extradition ».

L'article 14 de la « Déclaration universelle sur les droits de l'Homme » affirme que le droit d'asile « ne peut être invoqué dans le cas de poursuites réellement fondées sur un crime de droit commun ou sur des agissements [" acts " en anglais] contraires aux buts et aux principes des Nations Unies ». La réserve à la fin du paragraphe a été interprétée comme visant également les personnes responsables de la violation des conventions humanitaires telles que les Conventions de Genève de 1949. Enfin, la « clause belge » (ou « clause d'attentat ») qui restreint sensiblement la notion du délit politique non seulement figure encore aujourd'hui dans des centaines de conventions d'extradition bilatérales, mais elle a été incorporée même dans la Convention européenne sur l'extradition rédigée en 1957.

Voilà tant de faits qui démontrent que le principe de la nonextradition de délinquants qui invoquent des motifs ou des buts politiques n'a jamais été reconnu comme un principe absolu. Et ce n'est qu'une exigence de la justice pénale, de la loi morale et de la solidarité internationale qu'aux exceptions citées ci-dessus s'ajoutent aussi les actes abominables de la piraterie aérienne.

Cela dit, je tiens à ajouter — et je m'inspire ici des propositions faites au cours de la préparation du projet de convention — que lorsque l'infraction pour laquelle l'extradition est requise est punissable de la peine de mort selon la loi de l'Etat requérant (et la loi de l'Etat requis ne connaît pas cette peine), ou si en extradant le délinquant on l'exposera au danger de persécutions graves du fait des activités politiques, la remise peut être refusée, à moins que l'Etat requérant ne donne à l'Etat requis des assurances, jugées suffisantes par celui-ci, que la peine de mort ne sera pas infligée (ou si elle l'est, elle ne sera pas exécutée) ou que l'extradé ne sera poursuivi que pour l'acte pour lequel l'extradition a été demandée.

- 7. a) La question n'est pas, me semble-t-il, de savoir si l'on est partisan d'une Cour pénale internationale qui serait compétente pour juger en la matière, mais s'il y a une chance quelconque de voir une telle Cour instituée dans un avenir proche. Un projet de statut pour une Cour criminelle internationale a été préparé par un Comité spécial des Nations Unies déjà en 1953, et, si cette Cour est créée un jour, il conviendrait alors d'amender la convention sur le détournement illicite des aéronefs et d'y insérer une disposition prévoyant la compétence subsidiaire de la Cour semblable à celle stipulée dans l'article 2 de la Convention pour la création d'une Cour pénale internationale de 1937.
- b) Je suis d'avis qu'on peut se contenter d'une disposition générale prescrivant aux Etats contractants de « réprimer

l'infraction de peines sévères ». Les Conventions de Genève de 1949 se sont engagées dans la même voie.

- c) Quant à la définition du crime, je voudrais signaler ici la législation de l'Australie qui est, à ma connaissance, la plus détaillée et la plus complète en la matière, comprenant aussi bien les actes perpétrés à bord en cours de vols que ceux commis sur terre. La partie III (Crimes Affecting Aircraft) du « Crimes (Aircraft) Act 1963 » prévoit la répression, inter alia, de « taking control of aircraft », « destruction of aircraft with intent to kill », « prejudicing safe operation of aircraft », « endangering on board safety of aircraft », « taking or sending dangerous goods on aircraft ».
- d) Il faudra aussi trouver une dénomination à ce crime afin de mettre fin à sa désignation sous des termes différents : le détournement illicite d'aéronefs, la capture illicite d'aéronefs, la piraterie aérienne, etc.
- 8. a) Il ne me paraît pas judicieux que notre Commission se charge de la préparation d'un projet de convention; ceci comporterait l'examen de détails dans lesquels il ne nous est pas possible d'entrer. Nos efforts doivent tendre à formuler les principes essentiels qui doivent inspirer la rédaction de la convention.
- b) Parmi ces principes il y aura tout lieu de poser aussi un principe semblable à celui qui figure en tête de la Convention pour la prévention et la répression du terrorisme de 1937, à savoir que tout Etat « s'engage de s'abstenir lui-même de tout fait destiné à favoriser les activités dirigées contre... [la sûreté de la circulation aérienne] et d'empêcher les actes par lesquels elles se manifestent ». Les détails des incidents que vous avez relevés dans votre exposé préliminaire justifient pleinement

l'affirmation expresse de ce principe. Je mentionnerai aussi, dans le même ordre d'idées, que la résolution sur la piraterie aérienne, adoptée en avril 1970 par l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, demande que des sanctions dans le domaine de l'aviation soient prévues contre tout Etat qui violera les dispositions de la convention.

c) Sans mentionner expressément l'article 64 de la Convention sur le droit des traités de 1969, mais nul doute qu'en le visant, vous soulevez la question du jus cogens. La Conférence de Vienne a admis l'existence en droit international général de « normes impératives », de normes fondamentales, que la conscience de l'humanité considère comme absolument indispensables à la vie même de la communauté internationale et auxquelles aucune dérogation n'est donc possible. On cite, généralement, à titre d'exemple, les règles les plus importantes du droit humanitaire comme celles qui interdisent le génocide, la piraterie, l'esclavage, la traite des femmes, etc. Etant donné que les actes criminels dirigés contre la navigation civile aérienne doivent être considérés comme violant les principes les plus élémentaires de l'humanité, de la morale et du droit, il paraît tout à fait légitime de compter les règles régissant cette matière parmi les règles impératives. Ces règles devraient, partant, s'imposer aussi aux Etats qui refuseront de ratifier ou d'adhérer à la convention. Même à un moment où seulement vingt-six Etats ont été liés par la Convention pour la prévention et la répression du génocide (leur nombre ne dépasse pas même aujourd'hui soixante-quinze), la Cour internationale de Justice a énoncé, dans son avis sur les réserves à cette convention, que « les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées obligeant les Etats même en dehors de tout bien conventionnel ». Ceci ne vaut-il pas pour les principes essentiels qui sont à la base de la

réglementation de la matière qui fait l'objet de la présente étude?

9. — Il serait bien regrettable que, à défaut d'une action immédiate, énergique et efficace des Etats en vue de la prévention et de la répression de la piraterie aérienne, les pilotes euxmêmes, organisés dans l'IFALPA et soutenus par l'IATA, se voient obligés de prendre la protection de leur vie et de la vie des passagers qui est confiée à leurs soins en leurs propres mains. Quelle que soit la politique que les Etats croient utile de suivre lors de l'élaboration d'une convention, il est du devoir de l'Institut, lorsqu'il est appelé à préciser son attitude à l'égard d'un phénomène nouveau dans la vie juridique des peuples, d'indiquer des solutions qui, conformément au texte de ses statuts, favorisent « le progrès du droit international », répondent « à la conscience juridique du monde civilisé » et affirment des principes qui sont « en harmonie avec les besoins des sociétés modernes ».

Nathan Feinberg.

# 3. Comments by Frhr. von der Heydte

Wurzbourg, 14 juillet 1970.

Question 1. — Je ne crois pas qu'on puisse appliquer les règles établies par le Droit maritime international en matière de piraterie. Abstraction faite de la mutinerie, la notion de piraterie ne comprend que les actes de violence commis par un navire ou un aéronef contre un autre navire pour des raisons autres que politiques. Généralement, de tels actes sont hors de question en matière de circulation aérienne. Je me rallie, à ce

sujet, à l'avis exprimé par M. de Pontavice dans la Revue Générale de l'Air et de l'Espace de 1969, n° 3.

Question 2. — A mon avis, les normes du Traité de Tokio de 1963, et surtout son article 11, ne suffisent pas à garantir la liberté de la circulation aérienne; cet article traite, sans doute, de n'importe quel cas d'interception d'aéronef pendant le vol, mais le problème du recours à la violence n'est pas abordé. Or cette question constitue, à mon avis, le cœur du problème. Peu importe si cette violence est exercée contre l'aéronef, l'équipage et les passagers au cours du vol au sol. Ce serait une erreur de restreindre l'étude de ce problème au cas où l'aéronef se trouve en vol. Je dois ajouter qu'il faut préciser que la notion de violence englobe la menace d'emploi de la force, ainsi que toute autre forme de contrainte et d'intimidation.

Toutefois, j'attends peu d'un protocole additif au Traité de Tokio de 1963 et cela pour deux raisons :

- D'abord, il me paraît inopportun de règler une question principale dans un protocole additif; parce qu'on court le risque de perdre de vue l'importance de ce problème.
- D'autre part, l'adjonction d'un protocole additif au Traité de Tokio pourrait en ralentir le processus de ratification universelle qui me paraît pleinement engagé.

C'est pourquoi, un traité particulier me semble plus adéquat. Ce traité ne s'occuperait que de l'emploi de la violence contre des aéronefs comme tels, contre leurs équipages et contre les passagers.

Notre Commission, il est vrai, a pour seule tâche de trancher la question du détournement illicite des aéronefs. Mais, à mon avis, on ne peut résoudre ce problème qu'en examinant, dans son ensemble, la question de l'emploi de la violence contre les aéronefs, les équipages et les passagers.

Le détournement illicite n'est que l'un de ces cas de l'emploi de la violence, et, si l'on veut l'étudier à fond, il faut voir ce problème dans son entier. Or, il n'y a pas de détournement illicite sans menace d'emploi de la violence, soit contre l'aéronef soit contre l'équipage ou les passagers.

Question 3. — A mon avis, il faut distinguer deux éventualités, à savoir l'intervention de l'Etat du pavillon et de l'Etat du premier atterrissage d'un côté, et de l'autre celle de tout autre Etat intéressé. Le pouvoir répressif doit, en tout cas, appartenir et à l'Etat du pavillon et à l'Etat où l'aéronef, détourné ou menacé par l'emploi de la violence, fait son premier atterrissage après cette action violente. Ces deux Etats devraient être obligés, de par le Droit international public, d'exercer cette compétence pénale.

En concurrence avec ces deux Etats, chaque Etat intéressé devrait pouvoir revendiquer cette même compétence. Tout Etat devrait être obligé, de par le Droit international public, de reconnaître une telle compétence; mais à la différence de l'Etat du pavillon et de l'Etat où l'aéronef en question fait son premier atterrissage, un tel Etat intéressé ne paraît pas obligé par le Droit international public de faire usage de cette compétence qu'il peut revendiquer. La compétence juridictionnelle d'un Etat n'exclut pas la compétence pénale d'un autre Etat. Je ne crois pas que l'on puisse, dans ce cas, accepter une priorité quelconque d'un Etat de manière qu'un autre Etat ne puisse plus faire usage de la compétence pénale qu'il revendique, si l'Etat auquel revenait cette compétence prioritaire en avait fait usage. La règle ne bis in idem ne trouve pas ici d'application intégrale, car nous sommes, au fond, en présence de plusieurs éléments constitutifs d'infractions, chaque Etat intéressé étant touché individuellement dans son droit particulier. Cela n'exclut pas que, conformément à sa législation nationale, un Etat tienne compte de la peine déjà prononcée dans un autre Etat

Question 4. — Je viens de dire que, pour moi, le fait de l'emploi de la violence doit être considéré dans son entier et que le détournement d'un aéronef n'en est qu'un cas particulier. Or, j'ai quelques hésitations devant l'introduction de la notion de « hijacking »; cette notion est typiquement anglosaxonne et presque intraduisible dans les autres langues. D'autre part, elle n'est pas tellement connue pour qu'on puisse en comprendre le sens exact en dehors des pays anglo-saxons; même dans les pays anglo-saxons ce terme est équivoque. Pendant la prohibition américaine, il était employé pour les rum-runners qui ne peuvent nullement être comparés aux pirates de l'air qui détournent illicitement les aéronefs. A mon avis, il serait plus clair de parler simplement de l'emploi de la violence ou de la menace d'un tel emploi de la violence en matière de circulation civile aérienne.

Question 5. — A la cinquième question, je ne peux répondre qu'avec un oui inconditionnel. L'Etat sur le territoire duquel l'aéronef en question fait son premier atterrissage après l'acte de violence devrait être obligé, soit de punir les coupables, soit de les extrader.

Question 6. — La faculté d'accorder l'asile est limitée. Ces limites sont en tout cas indiquées là où les personnes qui sollicitent l'asile d'un Etat portent atteinte à des intérêts qui sont communs à l'ensemble de la communauté internationale. C'est ce qui avait motivé l'introduction de la clause, dénommée « Belgique », sur les attentats politiques et qui avait exclu

l'asile politique pour ceux qui ont commis, ou tenté, un attentat contre un Chef d'Etat ou ses proches, clause qui était presque universellement reconnue, à l'exception de la Grande-Bretagne, de la Grèce et de la Suisse. De la même manière, on devrait réclamer aujourd'hui une clause analogue qui exclut l'octroi de l'asile politique à tous ceux qui ont eu recours à la violence contre des aéronefs, leurs équipages et leurs passagers. Une telle exigence résulte, déjà, du principe de la proportionnalité. Le droit au nom duquel celui qui sollicite l'asile politique a porté atteinte aux lois est certainement d'un degré inférieur aux droits assurant la protection de la libre circulation aérienne. Un peuple opprimé peut se voir accorder un droit de légitime défense contre ses oppresseurs, mais l'exercice de ce droit trouve sa limite dans le respect des droits de la communauté internationale.

Question 7. — Je suis assez sceptique en ce qui concerne la création d'un tribunal international pour punir les actes de violence commis contre des aéronefs, leurs équipages ou leurs passagers. Les expériences que l'on a pu faire avec de telles juridictions ne sont pas concluantes. A mon avis, il suffira d'obliger les Etats à réprimer de tels actes, et de fixer par un accord international les peines minima correspondant à la gravité des actes commis. Or, il ne me paraît pas approprié de prévoir la peine de mort comme l'avait fait l'amendement au «Federal Aviation Act» américain de 1961; un certain nombre d'Etats avant aboli la peine capitale, une telle clause rendrait plus difficile la répression internationale des actes en question. Il va de soi qu'un accord international prévoyant des peines minima devrait également donner une définition claire et précise des éléments constitutifs de l'infraction accomplie. Je ne crois pas que les traités et les projets de traités qui existent déià prennent en considération tous les principes généraux qui

s'appliquent. Si tel était le cas, la tâche de notre Commission en serait plus aisée.

Quant à cette tâche, je trouve qu'elle est triple: Il s'agit d'abord de constater quelles sont les normes applicables du Droit international public en vigueur; sur cette base, il faut faire des propositions de lege ferenda, et, à la fin, il serait opportun de résumer le tout, c'est-à-dire de réunir les normes de lege lata ainsi que celles de lege ferenda dans un projet de traité international. Quant au jus cogens en droit international public, vous connaissez certainement mon point de vue. Tout en reconnaissant l'existence d'un jus cogens en droit international public, je crois tout de même qu'en cette matière le jus dispositivum a plus de poids.

Question 8. — La réponse que je viens de donner ici implique déjà celle à votre dernière question. Je connais et reconnais la valeur de l'action non-gouvernementale en ces matières, mais ces actions ne peuvent que préparer les actes gouvernementaux nécessaires; elles ne les remplacent jamais.

La solution du problème que nous avons à examiner se trouvera dans un accord commun des Etats qui ont le devoir de protéger la liberté de la circulation aérienne.

F. A. von der Heydte.

# 4. Comments by Mr. Myres S. McDougal

New Haven, Connecticut, June 15, 1970.

My first impulse would be to answer your first question to the effect that the customary international law of piracy does indeed apply and that hijacking is an "international" crime. If there is any doubt about this, a General Assembly resolution should be sought for reinforcement. The answer to question two is obviously "no".

In answer to your third question I would insist that the "universality" principle be applied to authorize any State that catches the hijackers to try them. Primacy might be given to the State of registration.

In answer to question four, I would urge the broadest possible definition.

To question five the answer should be "yes".

In answer to question six, I would recommend the abolition of the "political exception", etc.

I doubt if a special tribunal is needed.

The Commission should undertake the utmost possible clarification.

Obviously both international legislation and private enforcing action are required.

Myres S. McDougal.

# 5. Comments by Mr. Miaja de la Muela

Valencia, le 4 juin 1970.

- 1. Le détournement d'aéronefs ne saurait être inclus dans le concept de piraterie et ceci en considération de la non-existence d'un animus furandi dans le détournement lui-même. D'autre part, nous ne croyons pas possible d'englober dans le concept de « propos personnel » constitutif de la piraterie (art. 15 de la Convention de Genève sur la Haute Mer) les motifs des auteurs des détournements d'aéronefs qui ne sont généralement autres que ceux purement politiques.
- 2. Il faut compléter la Convention de Tokio par un Protocole additionnel ou par une nouvelle Convention. Les

Résolutions que l'Institut adoptera sur le sujet étudié par notre Commission pourront peut-être préparer le chemin vers un accord dans ce sens.

- 3. Je crois inévitable la concurrence de plusieurs juridictions pénales sur le même cas de détournement, la priorité de juridiction décernée par la Convention de Tokio à l'Etat d'immatriculation étant limitée par la possibilité pour les autres Etats d'exercer leur propre juridiction.
- 4. Les infractions autres que celle de la capture illicite de l'aéronef et son déroutement en vol n'ont pas à faire l'objet de nouvelles prévisions puisque prévues dans la Convention de Tokio.

# 5. — Oui.

6. — A mon avis la solution se trouve dans l'ancienne règle aut dedere aut punire. L'Etat auquel on demande l'extradition peut la refuser s'il a des motifs pour estimer bona fide que l'Etat requérant prendra des mesures de répression d'une gravité exceptionnelle, vu la signification politique des auteurs du détournement ou les mobiles de leur délit. Mais l'Etat qui refuse l'extradition doit assurer lui-même la punition de l'auteur ou auteurs du délit.

Quant au problème du caractère politique ou non politique des actes de détournement, la qualification formulée par l'Etat qui doit décider de l'extradition des auteurs du délit est celle qui l'emporte.

7. — Il serait souhaitable une réglementation des pénalités par voie conventionnelle. La création d'une Cour internationale paraît fort difficile.

8. — Une référence aux principes du Droit International, jus cogens compris, ne serait peut-être pas une contribution utile mais il serait peut-être convenable d'y faire allusion dans le Préambule des Résolutions adoptées.

Il me semble que la rédaction d'un projet de Convention par la Commission s'avère très difficile. A mon avis, la méthode de préparation d'une Résolution comporte une distinction entre principes et règles de lege lata d'une part et de lege ferenda d'autre part, les premières constituant la base pour l'élaboration des dernières.

9. — Il faut, je pense, multiplier les efforts dans tous les domaines : encourager tant l'élaboration des lois nationales que celle des accords internationaux.

Adolfo Miaja de la Muela.

# 6. Comments by Mr. Jean J. A. Salmon

Bruxelles, le 11 juin 1970.

Cher confrère.

C'est avec le plus grand intérêt que j'ai lu votre excellent rapport préliminaire et que je vous adresse maintenant la réponse au questionnaire que vous nous avez communiqué.

Vous me permettrez cependant de changer légèrement l'ordre de vos questions.

La première qui me semble devoir appeler une réponse est votre question 8, qui pose le problème fondamental du mandat de notre Commission et au-delà de la manière dont l'Institut traitera le sujet.

Deux problèmes distincts se posent ici. Faut-il ne traiter que la *lex lata* ou aussi la *lex ferenda*? Faut-il préparer une résolution ou un projet de convention?

Pour ce qui est du premier problème, il est sans doute souhaitable que l'Institut indique clairement ce qui est lex lata et ce qui ne l'est pas. Dans un domaine comme celui-ci cependant qui vise la matière pénale, la lex lata est essentiellement conventionnelle. Pour tout ce qui va au-delà des conventions existantes, l'Institut ne pourra prononcer que des vœux sur l'évolution conventionnelle qu'il souhaite. Etant donné que le système conventionnel actuel est unanimement jugé insuffisant, il me paraît inévitable que l'Institut ait à s'exprimer sur la lex ferenda.

Le deuxième problème maintenant: l'Institut doit-il faire un projet de convention ou un projet de résolution? Je penche sans hésitation pour la seconde solution. Je ne crois pas que l'Institut doive essayer de faire une convention. Il est déjà suffisamment préoccupant que l'Institut soit une fois de plus placé dans la situation où un sujet à son ordre du jour fasse l'objet des soins de plusieurs autres institutions internationales et où le sujet, selon toute probabilité sera réglé par une convention internationale (conférence de La Haye prévue pour décembre 1970) au moment où l'Institut pourra luimême examiner la question en séance plénière.

Dans ces conditions, il serait vain de vouloir refaire ce qui aura été fait à La Haye. Par ailleurs, il n'est guère dans les traditions de l'Institut de s'engager dans la rédaction de projets de convention surtout lorsque ceux-ci soulèvent de nombreux problèmes techniques comme c'est le cas ici.

A mon sens, l'Institut devrait donc se contenter de se prononcer sous forme de résolution, de faire le point du droit en vigueur, et d'indiquer les voies dans lesquelles, à son avis, la Communauté internationale doit s'engager lorsqu'il s'agit des détournements illicites des aéronefs. Il faut dès lors se borner à indiquer les *principes* de la matière sans vouloir régler les questions de détails, surtout lorsqu'elles relèvent de la pure technique de rédaction conventionnelle.

C'est sous le bénéfice des remarques générales qui précèdent que je réponds maintenant à vos questions.

Question 1. — Je ne crois pas — à la suite d'une doctrine d'ailleurs unanime - que le droit conventionnel ou coutumier relatif à la piraterie puisse être d'application en ce qui concerne les détournements d'aéronefs. Ainsi que la démonstration en a été souvent faite en prenant pour base la définition de la piraterie telle qu'elle apparaît à l'article 15 de la Convention du 29 avril 1958 sur la haute mer, le détournement d'aéronef ne remplit pas les conditions pour être qualifié d'acte de piraterie. L'acte sera rarement commis dans des buts personnels et jamais par un aéronef contre un autre aéronef (c'est toujours un acte accompli par des passagers d'un aéronef); enfin, il arrivera souvent que l'acte soit accompli dans un lieu relevant de la juridiction d'un Etat (l'espace aérien d'un Etat, sinon même au sol, avant le décollage ou après l'atterrissage avant l'arrêt complet des moteurs), ce qui exclut la qualification de piraterie.

En outre, les tentatives d'élargir la notion de piraterie à des situations analogues comme dans l'affaire de la Santa Maria ou de l'Anzoategui se sont soldées par un échec en dépit des efforts des gouvernements intéressés, respectivement celui du Portugal et celui du Venezuela.

- Question 2. Dans quelle mesure la Convention de Tokio du 14 septembre 1963 couvre-t-elle la matière et le fait-elle de manière suffisante?
- a) La Convention de Tokio est applicable (article 1 § 1) à la situation de détournements d'avions, qu'il s'agisse d'« infractions aux lois pénales » ou d'« actes qui constituent ou non des

infractions, peuvent compromettre la sécurité de l'aéronef ou de personnes ou de biens à bord, ou compromettent le bon ordre et la discipline à bord ».

La Convention de Tokio prévoit en son article 11 des obligations essentielles pour l'Etat d'atterrissage : celle d'aider le commandant de bord à conserver le contrôle de son appareil (§ 1) et de restituer l'avion et sa cargaison à leur propriétaire, et permettre à l'équipage et aux passagers de poursuivre « aussitôt que possible » leur voyage (§ 2).

L'article 16 § 1 de la Convention est aussi considéré comme facilitant l'extradition.

b) La Convention de Tokio est-elle suffisante? Ici commence le de lege ferenda.

Les milieux préoccupés de la sécurité des communications aériennes (O.A.C.I., I.A.T.A., I.F.A.L.P.A., I.T.F.) se sont prononcées très clairement par la négative. Les milieux politiques sont en revanche plus réservés, étant donné les aspects politiques d'un grand nombre de cas de détournements d'avions même si leurs auteurs ont poursuivi, moins souvent qu'on ne le pense, des mobiles politiques.

Etant donné les risques que les détournements d'avions font courir à des personnes innocentes, les dangers auxquels ils exposent des aéronefs coûteux et les biens transportés sans compter les frais supplémentaires qu'ils entraînent pour les exploitants, les milieux de l'aviation civile souhaiteraient que le détournement d'avion soit très sévèrement puni, comme un « crime de droit des gens » au même titre que le faux monnayage, la traite des blanches ou le génocide.

Les milieux politiques sont plus hésitants car une grande partie des détournements d'avions sont des actes dont le but ou l'impact politique est fréquent. Certains auteurs de détournements « choisissent la liberté » de cette manière, d'autres veulent ainsi marquer spectaculairement le caractère méprisable d'un régime, ou faire connaître au monde leur combat. L'Etat sur le territoire duquel l'avion atterrit partageant fréquemment l'idéologie du « pirate de l'air », celui-ci, s'il n'est pas présenté par la presse locale comme un héros, sera néanmoins couvert par une certaine auréole de chevalier du XX° siècle dans l'opinion publique. Cette dernière n'acceptera pas qu'un héros, une victime, ou le porte-drapeau d'une lutte légitime soit puni comme un criminel de guerre, un faux monnayeur ou un souteneur. Le fait qu'il s'agisse parfois d'un déséquilibré ou d'un être peu recommandable n'y changera rien aux yeux de l'opinion publique et sur le plan de l'impact politique de l'acte.

Il y a donc un équilibre à trouver entre les deux exigences qui précèdent et que, dans les grandes lignes, le projet de l'O.A.C.I. du 30 octobre 1969 me paraît prendre en considération de manière raisonnable en instaurant le « hijacking » en infraction (une terminologie plus accusatrice telle que « crime » a été évitée. Dans le même sens la résolution du 12 décembre 1969 de l'Assemblée générale de l'O.N.U. utilise la notion de « délit punissable »).

Pour ce qui est de la manière dont l'infraction doit être réprimée, le texte de février 1969 me paraissait plus souple et partant préférable. Son article 4 prévoyait « Tout Etat contractant s'engage à réprimer de manière efficace l'infraction, compte tenu de sa gravité ». L'article 3 actuel est plus draconien « Tout Etat contractant s'engage à réprimer l'infraction de peines sévères ». Comme les articles 6 et 7 laissent une certaine marge de manœuvre aux autorités compétentes de l'Etat contractant, on peut s'attendre à moins de poursuites que si la peine était conçue plus souplement.

Indépendamment de l'instauration du hijacking en infraction, d'autres améliorations peuvent être apportées à la

Convention de Tokio. Elles seront discutées à propos des questions suivantes.

Pour ce qui est du point de savoir si la Convention de Tokio doit être complétée par un protocole spécial ou par une convention entièrement séparée, il s'agit d'une question à laquelle on répond habituellement en ayant en vue la plus grande efficacité du nouvel instrument. Cette question me paraît essentiellement technique et ne pas requérir de réflexions particulières de la part de l'Institut.

- Question 3. La compétence des Etats à connaître de l'infraction de détournement illicite d'aéronefs suscite plusieurs réflexions:
- a) D'un point de vue théorique, le fondement de la compétence peut être envisagé dans le principe de la territorialité de l'infraction (les divers espaces aériens où l'infraction s'est poursuivie), dans celui de la personnalité de l'auteur de l'infraction ou de l'appareil ou des personnes victimes de l'infraction, ou enfin dans celui de l'universalité.
- b) Sur le plan pratique, les législations nationales seront, dans le cas qui nous occupe, le plus souvent fondées sur le principe de la territorialité ou celui de la personnalité.
- c) Il ne me paraît pas qu'il soit approprié pour l'Institut de critiquer les Etats qui auraient un système répressif étendu. Tout au plus s'agit-il ici de déterminer s'il y a une obligation pour les Etats à coopérer entre eux dans la répression du hijacking et à prendre, par conséquent, les mesures nécessaires pour établir la compétence de leurs tribunaux en vue de connaître l'infraction, et, à défaut d'obligation, s'il y a lieu de conseiller aux Etats de se reconnaître compétents et dans quelle mesure?

Ceci nous conduit à envisager le hijacking du point de vue de la problématique de la responsabilité internationale.

Un Etat serait évidemment responsable internationalement s'il provoquait un hijacking. Cette hypothèse sera rare et si elle se produit ne sera guère prouvable aisément. (Qui a suscité l'enlèvement de Tshombé?).

Un Etat peut aussi être responsable internationalement pour les actes des individus qui relèvent de sa juridiction et à l'égard desquels il n'a pas exercé son pouvoir de prévention ou de répression. Je dirai quelques mots plus loin du devoir de prévention.

Le devoir de répression n'est considéré comme universel que dans des cas rarissimes. La vraie piraterie par exemple. En revanche, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 ne prévoit que la compétence des tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis et celle toute théorique d'une Cour internationale à créer.

Les travaux de l'O.A.C.I. n'ont pas considéré le hijacking comme un crime de droit des gens. La solution de la compétence universelle n'est en conséquence ni en voie d'être retenue ni d'ailleurs souhaitable.

Dès lors, il semble que la seule voie qui soit offerte à l'Institut est celle qui consiste à souhaiter que les Etats, en vue d'assurer une répression efficace de l'infraction se reconnaissent compétents pour en connaître d'une manière aussi large que possible.

Le texte de l'O.A.C.I. insiste sur les deux cas suivants où il existe un lien étroit de rattachement entre l'Etat et l'infraction si l'infraction est commise à bord d'un aéronef immatriculé dans cet Etat; et si l'aéronef atterrit sur son territoire avec l'auteur de l'infraction à bord.

- d) Je ne pense pas qu'il soit réaliste de se prononcer sur des priorités de compétence que les Etats refuseraient d'accepter pour d'évidentes raisons fondées sur des motifs politiques ou des considérations élémentaires d'humanité.
- Question 4. J'estime qu'il convient de distinguer soigneusement le détournement illicite d'aéronef (tel qu'il est défini par l'article 1 du projet O.A.C.I.) du terrorisme aérien. Ce dernier appelle une condamnation beaucoup plus sévère et une réglementation plus stricte.

Bien que le mandat de notre Commission soit limité au détournement illicite d'aéronef, il ne me paraîtrait pas impossible que notre résolution soulève incidemment la question du terrorisme encore que ceci demande sans doute plus ample réflexion de la part de la Commission.

- Question 5. Voyez la réponse à la question 3. Il est souhaitable que l'Etat d'atterrissage soit compétent pour juger les auteurs du détournement et que la procédure d'extradition soit facilitée mais liberté de jugement doit être laissée à l'Etat d'atterrissage, quant à l'opportunité de procéder à des poursuites ou d'extrader l'auteur de l'infraction.
- Question 6. L'extradition ne peut certes pas être automatique et les exceptions de délit politique ou de droit d'asile doivent être respectées.

Un certain contrôle tant de la véracité que du caractère contraignant du motif politique s'impose. Cette façon de voir est illustrée par la loi cubaine du 16 septembre 1969 dont l'article 5 stipule que

«L'Etat cubain, dans l'exercice de sa souveraineté, se réserve la prérogative d'accorder lorsqu'il l'estimera juste, le droit d'asile aux personnes qui pour des raisons d'ordre politique arriveraient dans notre pays après avoir été dans l'obligation de recourir à cette voie extrême pour échapper à un véritable danger de mort ou à une grave répression. »

Sous réserve de vérification donc, j'estime que l'exception de délit politique coutumièrement reconnue en matière d'extradition et liée aux règles relatives au droit d'asile en tant que droit de l'homme, doit être intégralement maintenue et appréciée par l'Etat qui se saisit de l'auteur de l'infraction.

Question 7. — Je ne crois pas qu'il soit réaliste de proposer un tribunal pénal international, en particulier à propos d'une infraction qui sera fréquemment de nature politique. Nous sommes donc liés aux juridictions nationales auxquelles il faut proposer une définition uniforme de hijacking (voyez supra).

Pour ce qui est de la peine, en revanche, j'ai exprimé cidessus (question 2) ma préférence pour une prescription souple qui permette une répression, quoique légère, dans les cas « sympathiques » au juge saisi en vue de réprimer l'atteinte à la sécurité de la navigation aérienne (cf. l'affaire du détournement d'un avion de la LOT à Berlin-Ouest).

Question 9. — Il découle de ce qui précède que je crois à l'utilité d'une convention internationale sans mésestimer les initiatives nationales et encore moins celles des organisations non gouvernementales dont l'action, surtout au point de vue préventif, est particulièrement importante.

Après avoir répondu à vos questions, je crois pouvoir ajouter quelques mots à propos de questions que vous n'avez pas soulevées mais que vous souhaiterez peut-être examiner et que vous retiendrez peut-être pour notre projet de résolution.

1. A côté du devoir de répression, ne faut-il pas introduire l'idée qu'il pèse sur les Etats une obligation de prévention, un devoir de « due diligence » en vue d'éviter que les avions des compagnies étrangères ne fassent l'objet de détournements illicites? Ce devoir semble être reconnu par les Etats qui prennent des mesures de sécurité renforcées pour protéger certaines lignes aériennes particulièrement menacées.

En contrepartie, que la question du terrorisme soit ou non examinée, il faudrait peut-être mettre en lumière le devoir fréquemment rappelé ces temps derniers qui pèse sur les compagnies aériennes de conserver strictement leur caractère civil et de ne pas procéder à des transports d'armes, etc... dont la présence à bord peut mettre en danger les passagers.

2. Le principe de la restitution du contrôle de l'aéronef au commandant légitime et celui du droit des passagers et de l'équipage de poursuivre leur voyage aussitôt que possible devraient être réaffirmés dans la résolution.

J'espère que ces quelques réflexions pourront vous être de quelque secours et en vous félicitant encore pour votre rapport préliminaire et en formant des vœux pour la suite de vos travaux, je vous prie de croire, cher confrère, à l'expression de mes sentiments les plus cordiaux et les meilleurs.

Jean J. A. Salmon.

# 7. Comments by Mr. J. H. W. Verzijl

Utrecht, June 9, 1970.

- I. The act of hijacking of an aircraft in its contemporary manifestations has hardly anything in common with air piracy proper, as defined in Convention II of Geneva (1958), and therefore needs separate regulation.
- 2. The Tokyo Convention of 1963 is wholly inadequate on the subject of hijacking and is moreover badly drafted. Imagine for instance Article 11 (1) in operation: a criminal passenger

is rummaging in a bag under his seat to whip out a revolver—which should, moreover, never have been tolerated to be there—and at that very moment "the Contracting Parties shall take appropriate measures to preserve (the commander's) control of the aircraft "! Such nonsense inspires little confidence in the common sense and effectiveness of the Tokyo Convention. I should therefore prefer to see it replaced by a fresh, more reasonable treaty.

3. — Jurisdiction should indeed be conferred upon all the States vou mention: the State of registration of the aircraft. that of the locus delicti, that of landing, and that of the nationality of the members of the crew or the passengers, but before all the State of the nationality of the hijacker himself whom it is a little unreal to include as a "passenger" among his victims. Application of the principle of universality, after the example of the case of piracy, could perhaps also be considered in extremely grave cases, because hijacking is increasingly becoming a minae generis humani. I do not think that a strict order of priority from the point of view of penal prosecution should be established. The first State to act-in fact, to be obliged to act-is, of course, the State where the aircraft lands, but that action is primarily preparatory, with the object of apprehending the offender, gathering the necessary information about what really happened and informing other interested States of the result of the investigation. I doubt if the country of the (often fortuitous) landing is the most obvious State for instituting criminal proceedings against the culprit, unless the offender continues his criminal action at its airports. The State of registration of the aircraft and that of the offender's nationality will in many cases be much better qualified to institute criminal proceedings. The rule discussed (but rejected) by the Legal Committee of ICAO as a new Article 8 (3) of its Draft seems to me to be worth endorsing, albeit in an amended form; the State of landing has jurisdiction, but if it abstains from prosecuting the offender itself, then it should be obliged to extradite him to another State that has jurisdiction and wishes to proceed against him. This may primarily, but not exclusively, be either the State of registration of the aircraft or the State of the offender's nationality. It may depend on the circumstances of each particular case which of the two is qualified in the first place and the choice may in the case of concurrent requests for extradition be left to the discretion of the State of landing.

- 4. I should be in favour of a wider definition than that of "the forcible taking over or diversion of the aircraft in flight, following upon action inside the aircraft"; it should also include criminal acts against an aircraft, its passengers or crew while still being on the ground, such as: placing explosives among the luggage, forcing the crew to go on board, etc.
  - 5. Certainly.
- 6. I hesitate to recognize any claim to political asylum as a human right of hijackers who threaten or sacrifice the human rights of others in their own personal interest. Their means are too perilous to justify their ends, which ought to be pursued by other means.
- 7. It is not inconceivable that situations may arise in which third party judgment between different States involved in a hijacking case might be desirable, but criminal jurisdiction over hijackers itself should in principle be left to national tribunals. In view of the various, fairly widely divergent conceptions of the crime, it would be useful to attempt to reach agreement over a generally acceptable definition, by preference wider than that which limits the crime to the case of aircraft "in flight". I

am more in doubt about the requirement of certain minimum penalties for hijacking, a method which is unfamiliar to many national penal laws, but there is no objection to prescribing a severe punishment.

- 8. I do not know what jus cogens you allude to and do not see in the (draft) conventions any deviation from recognized general principles of international law. Since the Institut will gather at a moment when the Draft Convention of ICAO will presumably have already been adopted at The Hague in a definite wording. I am afraid that there will not much more to be done in Zagreb than either express our agreement with the result reached or formulate our reservations or suggestions for future amendments. In the present state of affairs, in which the Institut has found itself lately also in other similar cases, we would stray too far from the actual international development if we ignored the preparatory work, already done by the Legal Committee of ICAO. Would it not therefore be the best solution in your definitive report to take position vis-à-vis their Draft, or else to formulate an independent statement of what an international convention on the subject should contain. without stressing a possible distinction between the lex lata and the lex ferenda? Our Zagreb session will then have to adapt its resolution to the legal situation which will have emerged at that time.
- 9. The problem by its nature lends itself to regulation by treaty, but, as I remarked above, legal rules will be of little avail if they are not accompanied by strict actual control at airports, in order to prevent dangerous actions by passengers. Prosecution a posteriori needs regulation, but is not the main concern. In so far national laws and action of private associations will be equally, if not more necessary.

J. H. W. Verzijl.

# APPENDIX II

# 1. TOKYO CONVENTION 1963

The Convention on Offences and certain other Acts Committed on board Aircraft, Tokyo, 14 September, 1963

THE STATES PARTIES TO THIS CONVENTION HAVE AGREED AS FOLLOWS:

#### CHAPTER I

# SCOPE OF THE CONVENTION

# Article 1

- (1) This Convention shall apply in respect of:
  - (a) offences against penal law;
  - (b) acts which, whether or not they are offences, may or do jeopardise the safety of the aircraft or of persons or property therein or which jeopardise good order and discipline on board.
- (2) Except as provided in Chapter III, this Convention shall apply in respect of offences committed or acts done by a person on board any aircraft registered in a Contracting State, while that aircraft is in flight or on the surface of the high seas or of any other area outside the territory of any State.
- (3) For the purposes of this Convention, an aircraft is considered to be in flight from the moment when power is applied for the purpose of take-off until the moment when the landing run ends.
- (4) This Convention shall not apply to aircraft used in military, customs or police services.

#### ARTICLE 2

Without prejudice to the provisions of Article 4 and except when the safety of the aircraft or of persons or property on board so requires, no provision of this Convention shall be interpreted as authorising or requiring any action in respect of offences against penal laws of a political nature or those based on racial or religious discrimination.

# CHAPTER II

#### JURISDICTION

# Article 3

- (1) The State of registration of the aircraft is competent to exercise jurisdiction over offences and acts committed on board.
- (2) Each Contracting State shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction as the State of registration over offences committed on board aircraft registered in such State.
- (3) This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with national law.

# Article 4

A Contracting State which is not the State of registration may not interfere with an aircraft in flight in order to exercise its criminal jurisdiction over an offence committed on board except in the following cases:

- (a) the offence has effect on the territory of such State:
- (b) the offence has been committed by or against a national or permanent resident of such State;
- (c) the offence is against the security of such State;
- (d) the offence consists of a breach of any rules or regulations relating to the flight or manoeuvre of aircraft in force in such State;

(e) the exercise of jurisdiction is necessary to ensure the observance of any obligation of such State under a multilateral international agreement.

# CHAPTER III

# Powers of the Aircraft Commander

# Article 5

- (1) The provisions of this Chapter shall not apply to offences and acts committed or about to be committed by a person on board an aircraft in flight in the airspace of the State of registration or over the high seas or any other area outside the territory of any State unless the last point of take-off or the next point of intended landing is situated in a State other than that of registration, or the aircraft subsequently flies in the airspace of a State other than that of registration with such person still on board.
- (2) Notwithstanding the provisions of Article 1, paragraph (3), an aircraft shall for the purposes of this Chapter, be considered to be in flight at any time from the moment when all its external doors are closed following embarkation until the moment when any such door is opened for disembarkation. In the case of a forced landing, the provisions of this Chapter shall continue to apply with respect to offences and acts committed on board until competent authorities of a State take over the responsibility for the aircraft and for the persons and property on board.

# Article 6

- (1) The aircraft commander may, when he has reasonable grounds to believe that a person has committed, or is about to commit, on board the aircraft, an offence or act contemplated in Article 1, paragraph (1), impose upon such person reasonable measures including restraint which are necessary:
  - (a) to protect the safety of the aircraft, or of persons or property therein; or

- (b) to maintain good order and discipline on board; or
- (c) to enable him to deliver such person to competent authorities or to disembark him in accordance with the provisions of this Chapter.
- (2) The aircraft commander may require or authorise the assistance of other crew members and may request or authorise, but not require, the assistance of passengers to restrain any person whom he is entitled to restrain. Any crew member or passenger may also take reasonable preventive measures without such authorisation when he has reasonable grounds to believe that such action is immediately necessary to protect the safety of the aircraft, or of persons or property therein.

# Article 7

- (1) Measures of restraint imposed upon a person in accordance with Article 6 shall not be continued beyond any point at which the aircraft lands unless:
  - (a) such point is in the territory of a non-Contracting State and its authorities refuse to permit disembarkation of that person or those measures have been imposed in accordance with Article 6, paragraph (1) (c) in order to enable his delivery to competent authorities;
  - (b) the aircraft makes a forced landing and the aircraft commander is unable to deliver that person to competent authorities; or
  - (c) that person agrees to onward carriage under restraint.
- (2) The aircraft commander shall as soon as practicable, and if possible before landing in the territory of a State with a person on board who has been placed under restraint in accordance with the provisions of Article 6, notify the authorities of such State of the fact that a person on board is under restraint and of the reasons for such restraint.

# Article 8

- (1) The aircraft commander may, in so far as it is necessary for the purpose of subparagraph (a) or (b) of paragraph (1) of Article 6, disembark in the territory of any State in which the aircraft lands any person who he has reasonable grounds to believe has committed, or is about to commit, on board the aircraft an act contemplated in Article 1, paragraph (1) (b).
- (2) The aircraft commander shall report to the authorities of the State in which he disembarks any person pursuant to this Article, the fact of, and the reasons for, such disembarkation.

# Article 9

- (1) The aircraft commander may deliver to the competent authorities of any Contracting State in the territory of which the aircraft lands any person who he has reasonable grounds to believe has committed on board the aircraft an act which, in his opinion, is a serious offence according to the penal law of the State of registration of the aircraft.
- (2) The aircraft commander shall as soon as practicable and if possible before landing in the territory of a Contracting State with a person on board whom the aircraft commander intends to deliver in accordance with the preceding paragraph, notify the authorities of such State of his intention to deliver such person and the reasons therefor.
- (3) The aircraft commander shall furnish the authorities to whom any suspected offender is delivered in accordance with the provisions of this Article with evidence and information which, under the law of the State of registration of the aircraft, are lawfully in his possession.

# Article 10

For actions taken in accordance with this Convention, neither the aircraft commander, any other member of the crew, any passenger, the owner or operator of the aircraft, nor the person on whose behalf

the flight was performed shall be held responsible in any proceeding on account of the treatment undergone by the person against whom the actions were taken.

# CHAPTER IV

# UNLAWFUL SEIZURE OF AIRCRAFT

# Article 11

- (1) When a person on board has unlawfully committed by force or threat thereof an act of interference, seizure, or other wrongful exercise of control of an aircraft in flight or when such an act is about to be committed, Contracting States shall take all appropriate measures to restore control of the aircraft to its lawful commander or to preserve his control of the aircraft.
- (3) In the cases contemplated in the preceding paragraph, the Contracting State in which the aircraft lands shall permit its passengers and crew to continue their journey as soon as practicable, and shall return the aircraft and its cargo to the persons lawfully entitled to possession.

# CHAPTER V

# POWERS AND DUTIES OF STATES

# Article 12

Any Contracting State shall allow the commander of an aircraft registered in another Contracting State to disembark any person pursuant to Article 8, paragraph (1).

# Article 13

(1) Any Contracting State shall take delivery of any person whom the aircraft commander delivers pursuant to Article 9, paragraph (1).

- (2) Upon being satisfied that the circumstances so warrant, any Contracting State shall take custody or other measures to ensure the presence of any person suspected of an act contemplated in Article 11, paragraph (1), and of any person of whom it has taken delivery. The custody and other measures shall be as provided in the law of that State but may only be continued for such time as is reasonably necessary to enable any criminal or extradition proceedings to be instituted.
- (3) Any person in custody pursuant to the previous paragraph shall be assisted in communicating immediately with the nearest appropriate representative of the State of which he is a national.
- (4) Any Contracting State, to which a person is delivered pursuant to Article 9, paragraph (1), or in whose territory an aircraft lands following the commission of an act contemplated in Article 11, paragraph (1), shall immediately make a preliminary enquiry into the facts.
- (5) When a State, pursuant to this Article, has taken a person into custody, it shall immediately notify the State of registration of the aircraft and the State of nationality of the detained person and, if it considers it advisable, any other interested State of the fact that such person is in custody and of the circumstances which warrant his detention. The State which makes the preliminary enquiry contemplated in paragraph (4) of this Article shall promptly report its findings to the said States and shall indicate whether it intends to exercise jurisdiction.

# Article 14

(1) When any person has been disembarked in accordance with Article 8, paragraph (1), or delivered in accordance with Article 9, paragraph (1), or has disembarked after committing an act contemplated in Article 11, paragraph (1), and when such person cannot or does not desire to continue his journey and the State of landing refuses to admit him, that State may, if the person in question is not a national or permanent resident of that State, return him to the

territory of the State of which he is a national or permanent resident or to the territory of the State in which he began his journey by air.

(2) Neither disembarkation, nor delivery, nor the taking of custody or other measures contemplated in Article 13, paragraph (2), nor return of the person concerned, shall be considered as admission to the territory of the Contracting State concerned for the purpose of its law relating to entry or admission of persons and nothing in this Convention shall affect the law of a Contracting State relating to the expulsion of persons from its territory.

# Article 15

- (1) Without prejudice to Article 14, any person who has been disembarked in accordance with Article 8, paragraph (1), or delivered in accordance with Article 9, paragraph (1), or has disembarked after committing an act contemplated in Article 11, paragraph (1), and who desires to continue his journey shall be at liberty as soon as practicable to proceed to any destination of his choice unless his presence is required by the law of the State of landing for the purpose of extradition or criminal proceedings.
- (2) Without prejudice to its law as to entry and admission to, and extradition and expulsion from its territory, a Contracting State in whose territory a person has been disembarked in accordance with Article 8, paragraph (1), or delivered in accordance with Article 9, paragraph (1), or has disembarked and is suspected of having committed an act contemplated in Article 11, paragraph (1), shall accord to such person treatment which is no less favourable for his protection and security than that accorded to nationals of such Contracting State in like circumstances.

# CHAPTER VI

#### OTHER PROVISIONS

# Article 16

- (1) Offences committed on aircraft registered in a Contracting State shall be treated, for the purpose of extradition, as if they had been committed not only in the place in which they have occurred but also in the territory of the State of registration of the aircraft.
- (2) Without prejudice to the provisions of the preceding paragraph, nothing in this Convention shall be deemed to create an obligation to grant extradition.

# Article 17

In taking any measures for investigation or arrest or otherwise exercising jurisdiction in connection with any offence committed on board an aircraft, the Contracting States shall pay due regard to the safety and other interests of air navigation and shall so act as to avoid unnecessary delay of the aircraft, passengers, crew or cargo.

#### Article 18

If Contracting States establish joint air transport operating organisations or international operating agencies, which operate aircraft not registered in any one State those States shall, according to the circumstances of the case, designate the State among them which, for the purposes of this Convention, shall be considered as the State of registration and shall give notice thereof to the International Civil Aviation Organisation which shall communicate the notice to all States Parties to this Convention.

# CHAPTER VII

# FINAL CLAUSES

# Article 19

Until the date on which this Convention comes into force in accordance with the provisions of Article 21, it shall remain open for signature on behalf of any State which at that date is a Member of the United Nations or of any of the Specialised Agencies.

#### Article 20

- (1) This Convention shall be subject to ratification by the signatory States in accordance with their constitutional procedures.
- (2) The instruments of ratification shall be deposited with the International Civil Aviation Organisation.

# Article 21

- (1) As soon as twelve of the signatory States have deposited their instruments of ratification of this Convention, it shall come into force between them on the ninetieth day after the date of the deposit of the twelfth instrument of ratification. It shall come into force for each State ratifying thereafter on the ninetieth day after the deposit of its instrument of ratification.
- (2) As soon as this Convention comes into force, it shall be registered with the Secretary-General of the United Nations by the International Civil Aviation Organisation.

#### Article 22

- (1) This Convention shall, after it has come into force, be open for accession by any State Member of the United Nations or of any of the Specialised Agencies.
- (2) The accession of a State shall be effected by the deposit of an instrument of accession with the International Civil Aviation Or-

ganisation and shall take effect on the ninetieth day after the date of such deposit.

# Article 23

- (1) Any Contracting State may denounce this Convention by notification addressed to the International Civil Aviation Organisation.
- (2) Denunciation shall take effect six months after the date of receipt by the International Civil Aviation Organisation of the notification of denunciation.

# Article 24

- (1) Any dispute between two or more Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which cannot be settled through negotiation, shall, at the request of one of them, be submitted to arbitration. If within six months from the date of the request for arbitration the Parties are unable to agree on the organisation of the arbitration, any one of those Parties may refer the dispute to the International Court of Justice by request in conformity with the Statute of the Court.
- (2) Each State may at the time of signature or ratification of this Convention or accession thereto, declare that it does not consider itself bound by the preceding paragraph. The other Contracting States shall not be bound by the preceding paragraph with respect to any Contracting State having made such a reservation.
- (3) Any Contracting State having made a reservation in accordance with the preceding paragraph may at anytime withdraw this reservation by notification to the International Civil Aviation Organisation.

# Article 25

Except as provided in Article 24 no reservation may be made to this Convention.

# Article 26

The International Civil Aviation Organisation shall give notice to all States Members of the United Nations or of any of the Specialised Agencies:

- (a) of any signature of this Convention and the date thereof;
- (b) of the deposit of any instrument of ratification or accession and the date thereof;
- (c) of the date on which this Convention comes into force in accordance with Article 21, paragraph (1);
- (d) of the receipt of any notification of denunciation and the date thereof; and
- (e) of the receipt of any declaration or notification made under Article 24 and the date thereof.

In witness whereof the undersigned Plenipotentiaries, having been duly authorised, have signed this Convention.

Done at Tokyo on the fourteenth day of September One Thousand Nine Hundred and Sixty-three in three authentic texts drawn up in the English, French and Spanish languages.

This Convention shall be deposited with the International Civil Aviation Organisation with which, in accordance with Article 19, it shall remain open for signature and the said Organisation shall send certified copies thereof to all States Members of the United Nations or of any Specialised Agency.

# 2. CONVENTION ON THE HIGH SEAS, (GENEVA, 1958)

# Article 14

All States shall co-operate to the fullest possible extent in the repression of piracy on the high seas or in any other place outside the jurisdiction of any State.

# Article 15

Piracy consists of any of the following acts:

- Any illegal acts of violence, detention or any act of depredation, committed for private ends, by the crew or the passengers of a private ship or a private aircraft, and directed:
  - (a) On the high seas, against another ship or aircraft, or against persons or property on board such ship or aircraft;
  - (b) Against a ship, aircraft, persons or property, in a place outside the jurisdiction of any State;
- (2) Any act of voluntary participation in the operation of a ship or of an aircraft with knowledge of facts making it a pirate ship or aircraft;
- (3) Any act of inciting or of intentionally facilitating an act described in sub-paragraph I or sub-paragraph 2 of this article.

#### Article 16

The acts of piracy, as defined in article 15, committed by a warship, government ship or government aircraft whose crew has mutinied and taken control of the ship or aircraft are assimilated to acts committed by a private ship.

A ship or aircraft is considered a pirate ship or aircraft if it is intended by the persons in dominant control to be used for the purpose of committing one of the acts referred to in article 15. The same applies if the ship or aircraft has been used to commit any such act, so long as it remains under the control of the persons guilty of that act.

# Article 18

A ship or aircraft may retain its nationality although it has become a pirate ship or aircraft. The retention or loss of nationality is determined by the law of the State from which such nationality was originally derived.

#### Article 19

On the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any State, every State may seize a pirate ship or aircraft, or a ship taken by piracy and under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board. The courts of the State which carried out the seizure may decide upon the penalties to be imposed, and may also determine the action to be taken with regard to the ships, aircraft or property, subject to the rights of third parties acting in good faith.

#### Article 20

Where the seizure of a ship or aircraft on suspicion of piracy has been effected without adequate grounds, the State making the seizure shall be liable to the State the nationality of which is possessed by the ship or aircraft, for any loss or damage caused by the seizure.

# Article 21

A seizure on account of piracy may only be carried out by warships or military aircraft, or other ships or aircraft on government service authorized to that effect.

- 1. Except where acts of interference derive from powers conferred by treaty, a warship which encounters a foreign merchant ship on the high seas is not justified in boarding her unless there is reasonable ground for suspecting:
  - (a) That the ship is engaged in piracy; or
  - (b) That the ship is engaged in the slave trade; or
  - (c) That, though flying a foreign flag or refusing to show its flag, the ship is, in reality, of the same nationality as the warship.
- 2. In the cases provided for in sub-paragraphs (a), (b) and (c) above, the warship may proceed to verify the ship's right to fly its flag. To this end, it may send a boat under the command of an officer to the suspected ship. If suspicion remains after the documents have been checked, it may proceed to a further examination on board the ship, which must be carried out with all possible consideration.
- 3. If the suspicions prove to be unfounded, and provided that the ship boarded has not committed any act justifying them, it shall be compensated for any loss or damage that may have been sustained.

Twenty-fourth session Agenda item 105

# 3. RESOLUTION ADOPTED BY THE GENERAL ASSEMBLY OF THE UNITED NATIONS

[on the report of the Sixth Committee (A/7845)]
A/RES/2551 (XXIV) 6 January 1970

2551 (XXIV). Forcible diversion of civil aircraft in flight

The General Assembly,

Deeply concerned over acts of unlawful interference with international civil aviation.

Considering it necessary to recommend effective measures against hijacking in all its forms, or any other unlawful seizure or exercise of control of aircraft,

Mindful that such acts may endanger the life and health of passengers and crew in disregard of commonly accepted humanitarian considerations,

Aware that international civil aviation can only function properly in conditions guaranteeing the safety of its operations and the due exercise of the freedom of air travel,

- 1. Calls upon States to take every appropriate measure to ensure that their respective national legislations provide an adequate framework for effective legal measures against all kinds of acts of unlawful interference with, seizure of, or other wrongful exercise of control by force or threat thereof over, civil aircraft in flight;
- 2. Urges States in particular to ensure that persons on board who perpetrate such acts are prosecuted;
- 3. Urges full support for the efforts of the International Civil Aviation Organization directed towards the speedy preparation and

implementation of a convention providing for appropriate measures, *inter alia*, with respect to making the unlawful seizure of civil aircraft a punishable offence and to the prosecution of persons who commit that offence:

4. Invites States to ratify or accede to the Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft, signed at Tokyo on 14 September 1963, in conformity with the Convention.

1831st plenary meeting, 12 December 1969.

# 4 (a). ICAO LEGAL COMMITTEE

# Draft Convention prepared by the Subcommittee on Unlawful Seizure of Aircraft

LC/SC SA-Report II. Annex C. 3 October 1969

The States Parties to this Convention

Considering that unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight jeopardize the safety of persons and property, seriously affect the operation of international air services, and undermine the confidence of the peoples of the world in the safety of civil aviation:

Considering that the occurrence of such acts is a matter of grave concern:

Considering that for the purpose of deterring such acts, there is an urgent need to make them punishable as an offence and to provide for appropriate measures with respect to prosecution and extradition of offenders;

Considering, in consequence, that it is necessary to adopt provisions additional to those of international agreements in force and in particular to those of the Convention signed at Tokyo on 14 September 1963 on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft,

Have agreed as follows:

#### Article 1

Any person who on board an aircraft in flight:

- (a) unlawfully, by force or threat thereof seizes or exercises control of that aircraft, or attempts to perform any such act, or
- (b) is an accomplice of a person who performs or attempts to perform any such act, commits an offence (hereinafter referred to as "the offence").

- 1. For the purposes of this Convention, an aircraft is considered to be in flight from the moment when power is applied for the purpose of take-off until the moment when the landing run ends.
- 2. This Convention shall not apply to aircraft used in military, customs or police services.
- 3. This Convention shall not apply where the aircraft on board which the offence was committed neither took off nor landed outside the territory of the State of registration of that aircraft.

#### Article 3

Each Contracting State undertakes to make the offence punishable in a manner commensurate with the gravity of such offence.

#### Article 4

- 1. Each Contracting State shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offence in the following cases:
  - (a) when the offence is committed on board an aircraft registered in that State;
  - (b) when the aircraft lands and the alleged offender leaves the aircraft in its territory.
- 2. This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with national law.

#### Article 5

The Contracting States which establish joint air transport operating organizations or international operating agencies, which operate aircraft not registered in any one State, shall, according to the circumstances of the case, designate the State among them which, for the purposes of this Convention, shall be considered as the State of

registration and shall give notice thereof to the International Civil Aviation Organisation which shall communicate the notice to all States Parties to this Convention.

#### Article 6

- 1. Upon being satisfied that the circumstances so warrant, the Contracting State in the territory of which the aircraft lands and the alleged offender leaves the aircraft, shall take him into custody or take other measures to ensure his presence. The custody and other measures shall be as provided in the law of that State but may only be continued for such time as is reasonably necessary to enable any criminal or extradition proceedings to be instituted.
- 2. Such State shall immediately make a preliminary enquiry into the facts.
- 3. Any person in custody pursuant to paragraph 1 shall be assisted in communicating immediately with the nearest appropriate representative of the State of which he is a national.
- 4. When a State, pursuant to this Article, has taken a person into custody, it shall immediately notify the State of registration of the aircraft and the State of nationality of the detained person and, if it considers it advisable, any other interested States of the fact that such person is in custody and of the circumstances which warrant his detention. The State which makes the preliminary enquiry contemplated in paragraph 2 of this Article shall promptly report its findings to the said States and shall indicate whether it intends to exercise jurisdiction.

#### Article 7

The Contracting State which has taken measures pursuant to Article 6, paragraph 1, shall, if it does not extradite the alleged offender, be obliged to submit the case to its competent authorities for their decision whether legal proceedings should be initiated against him. These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of other offences.

- 1. The offence shall be deemed to be an extraditable offence in any extradition treaty existing or to be concluded between Contracting States.
- 2. The Contracting States which do not make extradition conditional on the existence of a treaty or reciprocity shall recognize the offence as a case for extradition as between themselves.
- 3. The offence shall be treated, for the purpose of extradition, as if it had been committed not only in the place in which it occurred but also in the territory:
  - (a) of the State of registration of the aircraft;
  - (b) of the State in which the aircraft lands and the alleged offender leaves the aircraft.

#### Article 9

- 1. When a person on board has unlawfully committed by force or threat thereof an act of interference, seizure, or other wrongful exercise of control of an aircraft in flight or when such an act is about to be committed, Contracting States shall take all appropriate measures to restore control of the aircraft to its lawful commander or to preserve his control of the aircraft.
- 2. In the cases contemplated in the preceding paragraph, the Contracting State in which the aircraft lands shall permit its passengers and crew to continue their journey as soon as practicable, and shall return the aircraft and its cargo to the persons lawfully entitled to possession.

#### Article 10

At the request of the Council of the International Civil Aviation Organization, each Contracting State shall furnish to that Organization as rapidly as practicable all relevant information in its possession relating to:

(a) the circumstances of the offence;

- (b) the measures taken in applying Article 9 above;
- (c) measures taken in respect of the alleged offender, in particular the outcome of any extradition or other legal proceedings.

Contracting States shall, in accordance with their law, afford one another the greatest measure of assistance in connection with proceedings brought in respect of the offence.

#### 4 (b). ICAO LEGAL COMMITTEE

# Draft Convention on Unlawful Seizure of Aircraft

Doc 8865 L/C 159 Part II. Annex B 16 March 1970

#### The States Parties to this Convention

Considering that unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight jeopardize the safety of persons and property, seriously affect the operation of international air services, and undermine the confidence of the peoples of the world in the safety of civil aviation;

Considering that the occurrence of such acts is a matter of grave concern;

Considering that for the purpose of deterring such acts, there is an urgent need to make them punishable as an offence and to provide for appropriate measures to facilitate prosecution and extradition of offenders:

Considering, in consequence, that it is necessary to adopt provisions additional to those of international agreements in force and in particular to those of the Convention signed at Tokyo on 14 September 1963 on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft.

Have agreed as follows:

#### Article 1

Any person who on board an aircraft in flight:

(a) unlawfully, by force or threat thereof, or by any other form of intimidation, seizes or exercises control of that aircraft, or attempts to perform any such act, or

(b) is an accomplice of a person who performs or attempts to perform any such act, commits an offence (hereinafter referred to as "the offence").

#### Article 2

- 1. For the purposes of this Convention, an aircraft is considered to be in flight from the moment when power is applied for the purpose of take-off until the moment when the landing run ends.
- 2. This Convention shall not apply to aircraft used in military, customs or police services.
- 3. This Convention shall apply only if the place of take-off or the place of landing of the aircraft on board which the offence is committed is situated outside the territory of the State of registration of that aircraft.
- 4. In the cases mentioned in Article 5 this Convention shall not apply if the place of take-off and the place of landing of the aircraft on board which the offence is committed are situated within the territory of the same State where that State is one of those referred to in that Article.

# Article 3

Each Contracting State undertakes to make the offence punishable by severe penalties.

- 1. Each Contracting State shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offence in the following cases:
  - (a) when the offence is committed on board an aircraft registered in that State;
  - (b) when the aircraft lands in its territory with the alleged offender still on board.
- 2. This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with national law.

The Contracting States which establish joint air transport operating organizations or international operating agencies, which operate aircraft which are subject to joint or international registration shall, by appropriate means, designate for each aircraft the State among them which shall exercise the jurisdiction and have the attributes of the State of registration for the purposes of this Convention and shall give notice thereof to the International Civil Aviation Organization which shall communicate the notice to all States Parties to this Convention.

- 1. Upon being satisfied that the circumstances so warrant, any Contracting State in the territory of which the alleged offender is present, shall take him into custody or take other measures to ensure his presence. The custody and other measures shall be as provided in the law of that State but may only be continued for such time as is reasonably necessary to enable any criminal or extradition proceedings to be instituted.
- 2. Such State shall immediately make a preliminary enquiry into the facts.
- 3. Any person in custody pursuant to paragraph 1 shall be assisted in communicating immediately with the nearest appropriate representative of the State of which he is a national.
- 4. When a State, pursuant to this Article, has taken a person into custody, it shall immediately notify the State of registration of the aircraft and the State of nationality of the detained person and, if it considers it advisable, any other interested States of the fact that such person is in custody and of the circumstances which warrant his detention. The State which makes the preliminary enquiry contemplated in paragraph 2 of this Article shall promptly report its findings to the said States and shall indicate whether it intends to exercise jurisdiction.

The Contracting State which has taken measures pursuant to Article 6, paragraph 1 shall, if it does not extradite the alleged offender, be obliged to submit the case to its competent authorities for their decision whether to prosecute him. These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of other offences.

#### Article 8

- 1. The offence shall be deemed to be included as an extraditable offence in any extradition treaty existing between Contracting States. Contracting States undertake to include the offence as an extraditable offence in every extradition treaty to be concluded between them.
- 2. The Contracting States which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize the offence as an extraditable offence between themselves subject to the conditions established by the law of the State requested to extradite.
- 3. The offence shall be treated, for the purpose of extradition between Contracting States, as if it had been committed not only in the place in which it occurred but also in the territory:
  - (a) of the State of registration of the aircraft;
  - (b) of every State in which the aircraft lands with the alleged offender still on board.

- 1. When any of the acts mentioned in Article 1 (a) has occurred or is about to occur, Contracting States shall take all appropriate measures to restore control of the aircraft to its lawful commander or to preserve his control of the aircraft.
- 2. In the cases contemplated in the preceding paragraph, the Contracting State in which the aircraft lands shall permit its passengers and crew to continue their journey as soon as practicable, and shall return the aircraft and its cargo to the persons lawfully entitled to possession.

Contracting States shall, in accordance with the applicable law, afford one another the greatest measure of assistance in connection with proceedings brought in respect of the offence.

# 5 (a). Extraordinary Assembly, ICAO—Montreal, June 16-30, 1970 Text of Resolutions recommended by Committee B (Legal) and adopted by the Assembly

# **RESOLUTION B/1**

Wider Acceptance of the Tokyo Convention on Offences and Certain other Acts Committed on Board Aircraft (Tokyo, 1963)

- Whereas the safety and freedom of transit of passengers and crew must be a paramount consideration of all States following the unlawful seizure of an aircraft:
- Whereas the Tokyo Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft undertakes to ensure the safety of passengers and crew following the unlawful seizure of an aircraft;
- Whereas it is desirable that Article 11 of the Tokyo Convention becomes a universally accepted international standard for the treatment to be accorded passengers and crews following the unlawful seizure of an aircraft;

#### The Assembly:

NOTING the spread of instances of unlawful seizure of aircraft throughout the world, and

NOTING that statements made by a number of States represented at the Assembly have indicated that such States will shortly become parties to the Tokyo Convention, but that a comparatively small number of States have become parties to the said Convention despite two separate previous requests for accession to that Convention by the Assembly and by the United Nations General Assembly;

URGES again that all States become parties to the Tokyo Convention as soon as possible;

URGES Contracting States to inform the ICAO Council of the action taken by them with a view to becoming parties to the Tokyo Convention;

INVITES States again, even before ratification of, or adherence to, the Tokyo Convention, to give effect to the principles of Article 11 of that Convention.

# Measures recommended for Adoption to Alleviate the Consequences of an Unlawful Seizure

Whereas it is desirable that measures be recommended for adoption by States in order to alleviate the consequences of an unlawful seizure of aircraft;

# The Assembly Recommends that

- (1) States should take all appropriate measures to restore control of an unlawfully diverted aircraft to its lawful commander or to preserve his control of the aircraft and to return, as soon as practicable, the aircraft and its cargo to the persons lawfully entitled to possession;
- (2) States should permit the passengers and crew of an unlawfully diverted aircraft to continue their journey on the same aircraft without delay or as soon as arrangements can be made for other transportation in the event the unlawfully diverted aircraft is unserviceable;
- (3) States should develop and utilize measures for the safety and care of passengers and crew of unlawfully diverted aircraft until their journey can be continued;
- (4) States should adopt measures for the notification to the States of registry of an unlawfully diverted aircraft when such aircraft has landed in their territory;
- (5) When a State has taken into custody any person suspected of committing an unlawful diversion of an aircraft in flight, it should immediately notify the State of nationality of that person, the State of registration of the aircraft and, if it considers it advisable, any other interested States of the fact that such person is in custody;
- (6) The State of registry of an unlawfully diverted aircraft, the State of nationality of a person taken into custody on suspicion of having committed the unlawful diversion, and any other inter-

- ested State should supply expeditiously to the State of landing any relevant information which is available regarding the person taken into custody;
- (7) Without prejudice to its obligations under paragraphs 1 and 2 hereof, the State of landing, in accordance with its national law, should inquire into the aeronautical aspects of the act of unlawful diversion and dispatch its findings to the State of registry and to the Council of the International Civil Aviation Organization as soon as it is possible to do so;
- (8) The State of registry of an aircraft which has been unlawfully diverted should, in accordance with its national law, forward, as soon as practicable, a report on the aeronautical aspects of the incident to the Council of the International Civil Aviation Organization for analysis and evaluation;
- (9) In situations in which an aircraft is leased to, and operated by, a carrier of a State other than the State of registry, the State of the carrier should have the same rights and responsibilities recommended herein for the State of registry.

# Expeditious Ratification of the Convention on Unlawful Seizure of Aircraft

- Whereas the unlawful seizure of aircraft poses a grave menace to the safe operation of international civil air services and undermines the confidence of the peoples of the world in the safety of international civil aviation;
- Whereas the Legal Committee of the Organization has completed a draft international convention to deal with the problem of unlawful seizure of aircraft, and
- WHEREAS a diplomatic conference will convene on December 1, 1970, to consider that draft convention;

# The Assembly

NOTING the spread of instances of unlawful seizure throughout the world, and

NOTING the urgent need for an international convention as a means of dealing more effectively with the unlawful seizure of aircraft:

CALLS UPON States invited to attend the diplomatic conference to make every reasonable effort at such conference to agree on a convention based upon the draft convention prepared by the Legal Committee, and

CALLS UPON States invited to the diplomatic conference thereafter to give consent to be bound by such convention with all possible expedition.

# Reports to the Council

- WHEREAS the unlawful seizure of aircraft poses a grave menace to the safe operation of international civil air services and undermines the confidence of the peoples of the world in the safety of international civil aviation;
- WHEREAS reporting by the Contracting States of relevant information regarding the circumstances in which unlawful seizure of aircraft has taken place will be of great value to the Organization in analysing the effectiveness of aviation security and safety measures in such cases;
- WHEREAS the draft convention on unlawful seizure of aircraft drawn up by the Legal Committee has left open for the diplomatic conference the question whether Contracting parties should be requested to report to the Council relevant information regarding unlawful seizure of aircraft;

# The Assembly:

CALLS UPON the States which will be invited to the diplomatic conference to agree to a provision in the draft convention which would require States parties to the future convention to report to the Council as rapidly as possible all relevant information regarding the unlawful seizure of civil aircraft.

Proposed Simplification of Convention-making Procedures

# The Assembly:

NOTES the recommendation submitted by IATA in A17-WP/33 under paragraph 4(b) to the effect that the proposed convention on unlawful seizure of aircraft should contain:

- a requirement for the signatory States to submit it within a specified period to the appropriate authority in each State, for ratification, parliamentary approval, or whatever other constitutional process is required in the State concerned to bring the convention into effect:
- (2) a requirement to give notice to ICAO if States found it impossible to become parties to the convention within a specified period, and

REQUESTS the Secretariat to circulate to Member States for study A17-WP/33 and the more detailed document made available by IATA on proposed simplification of convention-making procedures, and

REQUESTS the ICAO Council, through the appropriate body, to give further consideration to this subject-matter in connection with future development of draft international conventions on air law.

# Proposed Convention on Acts of Unlawful Interference against International Civil Aviation

Whereas acts of unlawful interference directed against international civil aviation jeopardize the safety of persons and property, seriously affect the operation of international air services and undermine the confidence of the peoples of the world in the safety of civil aviation;

# The Assembly:

CONSIDERING that the occurrence of such acts is a matter of grave concern:

CONSIDERING that for the purpose of deterring such acts, there is a need to provide for appropriate measures to facilitate prosecution of those who commit them;

CONSIDERING that it is necessary to adopt provisions additional to those of international agreements in force;

DIRECTS the Council of ICAO to convene the Legal Committees if possible not later than November 1970, in order to prepare, athe matter of first priority on its Work Programme, a draft con, vention on acts of unlawful interference against international civil aviation (other than those covered by the draft convention on unlawful seizure of aircraft) with a view to adoption of the convention at a diplomatic conference as soon as practicable and if possible not later than the summer of the Northern Hemisphere in 1971;

DIRECTS the Legal Committee, in preparing the draft convention, to take into account the opinions expressed at this Assembly.

Criminal Laws relating to the Unlawful Seizure of Aircraft

Whereas the unlawful seizure of aircraft and other forms of unlawful interference with international civil aviation and its facilities pose a grave menace to the safe operation of international civil air services and undermine the confidence of the peoples of the world in the safety of international civil aviation;

Whereas deterrence of such acts can be greatly facilitated through the enactment by Contracting States of national criminal laws providing severe penalties for such acts, and through vigorous efforts by Contracting States to ensure that he perpetrators of such acts are tried;

# The Assembly:

NOTING that not all Contracting States have national criminal laws dealing with all cases of unlawful seizure of aircraft and other forms of unlawful interference with international civil aviation, its facilities and services;

URGES Contracting States which have not already done so to enact, with all possible expedition, national criminal laws carrying severe penalties for the unlawful seizure of aircraft and other forms of unlawful interference with international civil aviation and its facilities.

# Strengthening of Existing Arrangements for Extradition

Whereas acts which unlawfully interfere with international civil aviation jeopardize the safety thereof, seriously affect the operation of international air services and undermine the confidence of the peoples of the world in the safety of international civil aviation;

# The Assembly:

CALLS UPON Contracting States to strengthen existing arrangements on extradition by making the necessary provisions in international law or treaty for criminal attacks on international civil aviation to be made an extraditable offence.

Circulation of Paper linking Bilateral Air Agreements to ICAO International Conventions relating to Unlawful Interference with Civil Aviation, adopted by the Assembly June 29, 1970

# The Assembly:

RECOGNIZING that scheduled international air transport is generally regulated by bilateral air agreements between States;

CONSCIOUS of the great contribution that the Tokyo Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft and future International Civil Aviation Organization conventions relating to unlawful interference with international civil aviation can make towards preventing and deterring such acts:

NOTES the "Canadian discussion paper on linking bilateral air agreements to ICAO international conventions relating to unlawful interference with civil aviation" contained in A17-WP/49;

REQUESTS the Secretariat to circulate it to Member States for study; and

REQUESTS the Council to refer it to the appropriate body for thorough consideration of the subject-matter, in connection with the development of international law to deal with acts of unlawful interference with international civil aviation.

# 5 (b). Extraordinary Assembly, ICAO—Montreal, June 16-30, 1970 Text of Resolution recommended by the Executive Committee and adopted by the Assembly

# **RESOLUTION VI/1**

# Return of Unlawfully Seized Aircraft, their Crews Passengers and Cargoes

- NOTING the principle that when an aircraft is unlawfully seized, the State in which the aircraft lands should permit its passengers and crew to continue their journey as soon as practicable and should return the aircraft and its cargo to the persons lawfully entitled to possession;
- STRESSING the desirability of all aircraft and their cargoes unlawfully seized being returned to the persons lawfully entitled to possession and all their passengers and crews being permitted to proceed to their original destination;
- THE ASSEMBLY URGES that all unlawfully seized aircraft and their cargoes be returned to the persons lawfully entitled to possession and all their passengers and crews be permitted to continue their journey as soon as practicable.

Extraordinary Assembly, ICAO—Montreal, June 16-30, 1970
 Text of Resolution adopted by the Assembly, June 29, 1970

# DECLARATION BY THE ASSEMBLY

- Whereas international civil air transport helps to create and preserve friendship and understanding among the peoples of the world and promotes commerce between nations;
- Whereas acts of violence directed against international civil air transport and airports and other facilities used by such transport jeopardize the safety thereof, seriously affect the operation of international air services and undermine the confidence of the peoples of the world in the safety of international civil air transport;
- Whereas Contracting States, noting the increasing number of acts of violence against international air transport, are gravely concerned with the safety and security of such air transport;

# The Assembly

CONDEMNS all acts of violence which may be directed against aircraft, aircraft crews and passengers engaged in international civil air transport;

CONDEMNS all acts of violence which may be directed against civil aviation personnel, civil airports and other facilities used by international civil air transport;

URGENTLY CALLS UPON States not to have recourse, under any circumstances, to acts of violence directed against international civil air transport and airports and other facilities serving such transport:

URGENTLY CALLS UPON States, pending the coming into force of appropriate international conventions, to take effective measures to deter and prevent such acts and to ensure, in accordance with their national laws, the prosecution of those who commit such acts;

# Adopts the following Declaration:

The Assembly of the International Civil Aviation Organization; Meeting in Extraordinary Session to deal with the alarming increase in acts of unlawful seizure and of violence against international civil air transport aircraft, civil airport installations and related facilities;

Mindful of the principles enunciated in the Convention on International Civil Aviation:

Recognizing the urgent need to use all of the Organization's resources to prevent and deter such acts;

# Solemnly

- Deplores acts which undermine the confidence placed in air transport by the peoples of the world.
- (2) Expresses regret for the loss of life and injury and damage to important economic resources caused by such acts.
- (3) Condemns all acts of violence which may be directed against aircraft, crews and passengers engaged in, and against civil aviation personnel, civil airports and other facilities used by, international civil air transport.
- (4) Recognizes the urgent need for a consensus among States in order to secure widespread international cooperation in the interests of the safety of international civil air transport.
- (5) Requests concerted action on the part of States towards suppressing all acts which jeopardize the safe and orderly development of international civil air transport.
- (6) Requests application, as soon as possible, of the decisions and recommendations of this Assembly so as to prevent and deter such acts.

# Hijacking of Aircraft

(Eighteenth Commission)

# 2. Final Report

presented by

Edward McWhinney, Q.C.

# I. GENERAL CONSIDERATIONS

In presenting the Final Report of the Eighteenth Commission formed after the most recent, 1969 reunion of the Institut. the rapporteur would like to express special thanks to those members of the Commission who have been able to respond both to the detailed Questionnaire originally attached to the Preliminary Report and circulated to members on March 31, 1970 (reproduced in the Provisional Report, pp. 555-558), and also to the supplemental Questions posed at the end of the Provisional Report (Provisional Report, pp. 576-578). The urgency of the subject entrusted to us, in its implications for contemporary international law and society, has suggested to the Bureau of the Institut the desirability of placing our Commission's work on the Agenda for the 1971 reunion of the Institut: and this has meant our Commission's arriving at its final recommendations within two years of the first formation of the Commission.

The area of law concerned is an unusually fluid one, perhaps in part because of the fact that the underlying political elements that are always present in public law situations seem more than usually pervasive here. As a consequence, not merely is the law itself in motion; but there is a failure, in the attempts at development of new law, always to assimilate, or even to try to coordinate and reconcile that new law with the old. In looking at the Tokyo Convention of 1963, as supplemented most recently by the Convention adopted at The Hague on December 16, 1970, one can hardly avoid taking note of the existence, in the words of our colleague, Mr. Verzijl, of a species of—"fait accompli of the present co-existence—which cannot be ignored—of the two conventions, partly covering the same field, partly complementary, partly even contradictory."

If the positive law is in a state of flux today, so also are the societal facts to which that positive law seeks to respond.

We can, of course, find examples as early as 1967 and 1968, (noted in the *Provisional Report*) where a third party, (possibly without any prior knowledge that a hijacking was to be attempted in the first place), takes advantage of the fact of the hijacking to try to derive from it some immediate political advantage or gain. Nevertheless the use of hijacking for international blackmail purposes, as manifested in the rash of hijackings to the Middle East in September, 1970, still constitutes a

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> See generally C. Rousseau: Détournement et destruction par des commandos palestiniens de quatre avions commerciaux—deux américains, un suisse et un britannique (6 et 9 septembre, 1970).—Détention des passagers et des membres des équipages sur le territoire jordanien.—Echec d'une tentative de détournement d'un avion commercial israélien (6 septembre 1970. — Libération progressive des passagers 7-29 septembre 1970) moyennant la libération (30 septembre 1970) par les gouvernements allemand, britannique et suisse de ressortissants arabes détenus ou condamnés pour des agressions antérieures. Revue générale de droit international public (1970, No. 4), page 1018. And see also Aircraft Hijacking, Hearings before the Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, Ninety-first Congress, (September 17, 22, 23 and 30, 1970) (Washington, D.C. 1970).

remarkable escalation from those rather isolated, early cynical attempts by states to which a hijacked aircraft had been diverted, to make use of the innocent passengers and the air crew, and the aircraft itself, as hostages for international ransom and the search for a political quid pro quo.<sup>2</sup>

Another new fact, which enormously complicates the practical solution of the hijacking problem is, (as expressly noted by Madame Bastid in her Comments), the situation where the authority detaining the hijacked aircraft does not derive from a recognised state. In the Middle East hijackings of September, 1970, just referred to, these two new facts—the recourse to international blackmail, and the presence of the unrecognised political authority as the principal actor—have happened to be linked; though of course there is no necessary or inevitable connection between the two.

As already pointed out in the *Provisional Report*, the progression of hijacking cases, at the level of professional competence and technical expertise, from the relatively primitive, "lone-wolf", single-episode events of the "Cuban" hijacking era to the well-organised and coordinated, multiple or group hijackings to the Middle East in September, 1970; and the concomitant progression, in terms of the level of basic intelligence and social involvement of the actors involved, from the

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Professor Rousseau indentifies as a key event in the progression from simple cases of unlawful diversion of aircraft to which the lot of the passengers and crews was secondary, to straight-out exercises in international blackmail, the decision of the Greek Government, several weeks only before the Middle Eastern hijackings of September, 1970, to cede to the pressure of Palestinian terrorists and to release the authors of three attacks perpetrated on Greek territory since December, 1968, against Israeli aircraft or installations, this notwithstanding that the perpetrators had already been arrested or condemned under Greek law. C. Rousseau, Revue générale de droit international public (1970, No. 4) page 1018, at p. 1026.

largely deranged or moronic personality-types of the "Cuban" hijackings of the relatively recent yesteryear, to the far more determined and ruthless "political" personalities of the present time, have brought problems of basic legal characterisation or classification; which, in turn, have brought problems in determining what is the most appropriate community response to the new situation, whether that response be predominantly legal or non-legal.

If what is involved is, in essence, an interference with international communication,—no more and no less—then the community response, in legal terms, is likely to be limited to the criminal law cluster of legal categories; with attention to the legal norms governing extradition so far as they may hinder or assist effective criminal prosecution under national criminal law rules; and with attention perhaps also to such non-legal community controls as the installation of mechanical detection and surveillance devices at airports and the initiation of more intensive pre-flight and in-flight security measures on the part of airport administrations and the air carriers themselves.

If, on the other hand, what is involved, according to particular conceptualisations of the problem, is basically a species of "irregular", "privileged" combatancy, which happens to manifest itself physically at what is, at the moment, one of the more sensitive points in contemporary international society—namely civilian air transport—then the focus of community attention tends to shift predominantly to issues of permissible and impermissible means of conducting such forms of combat, with the incidental interference with freedom of trans-

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> See T. Meron: Some Legal Aspects of Arab Terrorists' Claims to Privileged Combatancy, in S. Shoham (Editor) Of Law and Man (1971). And see generally The Law of Armed Conflicts (Carnegie Endowment for International Peace (1971)), p. 78 et seq.

portation and communication being necessarily relegated to an ancillary, even subordinate, status. Madame Bastid takes note, in this regard, in her detailed Comments, of the U.N. General Assembly Resolution 2597 (XXIV) on de-colonisation and self-determination. There seems no doubt that some at least of the actors in the Middle Eastern hijackings of September, 1970, have viewed their actions as falling under this particular legal rubric, and as being legally justifiable or licit in terms of the principle adumbrated therein by the U.N. General Assembly.<sup>4</sup>

The difference in basic jurisprudential approach is, perhaps, to be seen in part in the genuine intellectual difference of opinion within the ranks of our Commission—reflected in Mr. Miaja de la Muela's comments on the Provisional Report—on the matter of the applicability of the so-called "political offences" exception to requests for extradition from one state to another of persons who have unlawfully diverted aircraft.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> See, in this regard, the claims advanced on behalf of Palestinian guerillas involved in the attack on an El-Al aircraft at Zurich on February 18, 1969, by the Cairo daily newspaper Al Ahram and by the Algerian Minister of Foreign Affairs. C. Rousseau, Revue générale de droit international public (1970, No. 4), p. 1018, at p. 1024. The countervailing community approach is perhaps best demonstrated, in a cognate problem-area, in the Inter-American Juridical Committee's Draft Convention on Terrorism and Kidnapping of persons for purposes of Extortion, September 26, 1970. (Appendix III, 9, infra). For discussion of the same problem, in an earlier era of political terrorism, see V. V. Pella, La répression des crimes contre la personnalité de l'état, Rec. Cours (Académie de Droit international, La Haye), (1930) (III), page 677; A. Sottile, Le Terrorisme international, Rec. Cours, (Académie de Droit international de La Haye), (1938) (III), page 91.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> See, for example, J. W. F. Sundberg: La piraterie aérienne. Petite étude sur la relation entre politique nationale et criminalité à l'étranger. Revue internationale de droit pénal (1970), page 165; M. Cherif

An intermediate response to solution of the dilemma, available in particular cases only, might be to look to the principle of proportionality and of the necessary balance between ends and means 6 in any attempt through hijackings to achieve

Bassiouni: Ideologically motivated offences and the political offences exception in extradition, De Paul Law Review (volume 19, 1969), page 217; H. F. van Panhuys, Aircraft Hijacking and International Law. Columbia Journal of Transnational Law (volume 9, 1970), page 1, et p. 12 et seq. And, more generally, see C. Eustathiades, La cour pénale internationale pour la répression du terrorisme et le problème de la responsabilité internationale des Etats. Revue générale de droit international public (volume 43, 1936), page 385—especially the discussion of the principle aut dedere aut punire, ibid., page 396.

<sup>6</sup> H. Donnedieu de Vabres stresses this same point as to the procedures or means actually employed by the authors of political attentats to achieve their political or social goals, citing here both the special clause d'attentat which, since the Franco-Belgian Convention of March 22, 1856, has penetrated into numerous treaties and which withdraws from the benefit of political asylum and submits to political extradition the assassins of Heads of State; and also the Resolution of the Institut de Droit international, adopted in Geneva in 1892, which expressly excludes from the category of political delicts,—

"des crimes les plus graves du point de vue de la morale et du droit commun, tels que l'assassinat, le meurtre..."

H. Donnedieu de Vabres, La répression internationale du terrorisme, Les Conventions de Genève (16 novembre, 1937). Revue de droit international et de législation comparée (3rd Series, volume 19, 1938), page 37, especially at pages 43-44.

More generally see C. Eustathiades, Revue générale de droit international public (volume 43, 1936), page 385; von Gretshaninow, Der Plan eines internationalen Abkommens betreffend die Bekämpfung politischen Verbrechen und die Errichtung eines internationalen Strafgerichtshofs, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, (volume 5, 1935), page 181; H. Mosler: Die Konferenz zur internationalen Bekämpfung des Terrorismus (November 1937), Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, (volume 8, 1938), page 99.

political refuge in another country. Under this principle of proportionality, as partly recognised already in court decisions in municipal law, the court's decision on the issue of extradition might properly take into account, on an essentially pragmatic, fact-oriented basis, whether or not the hijacker's claimed objective of seeking political asylum has been accomplished with proper regard for the lives and physical security of the innocent passengers and crew of the hijacked aircraft; and perhaps also the court might apply the test, borrowed from the area of constitutional due process, of whether or not alternative, more moderate remedies (not involving unlawful diversion of an aircraft) were available to the hijacker in purporting to seek political refuge abroad.<sup>7</sup>

When different actors, responding to the same societal facts, would conceptualise the problem, in legal terms, in radically different ways, we may need some sort of objective standards, outside the problem-area itself, to determine which particular legal conceptualisation is to prevail—perhaps some sort of hierarchical ranking of the different legal principles and values involved. Is, for example, the principle of freedom of transport and communication, untrammelled by unnecessary clogs on movement of people and goods, a species of *imperative* legal principle, having some sort of preferred status in relation to

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> See the decision of the Swiss Federal Tribunal in 1952 in the case of the three Yugoslav nationals who had, on October 17, 1951, hijacked a Yugoslav JAT aircraft to Zurich, the Swiss Federal Tribunal refusing extradition in the case. Arrêts du Tribunal fédéral suisse, volume 78-1, page 39; International Law Reports (1952), page 371. J. W. F. Sundberg, Revue internationale de droit pénal (1970), pages 165 and 171; H. F. van Panhuys, Columbia Journal of Transnational Law (volume 9, 1970), at pages 14-15; E. McWhinney, International Legal Problem-Solving and the practical dilemma of Hijacking, in E. McWhinney (Editor), Aerial Piracy and International Law (1971).

other principles of international law? Those who see it this way may look, as justification for their position, to such legal measures, (adverted to by Madame Bastid in her Comments), as the Preamble and other more general sections of the Chicago Convention of 1944,8 called the "Constitution of Air Law" and the "Charter of the Air".9 By the same token, the judgment of the International Court of Justice in the Corju Channel Case (Merits) lists, as one of "certain general and well-recognised principles", the principle of the freedom of maritime communication; and the analogical extension to freedom of air communication is clear and self-evident.<sup>10</sup>

Perhaps, in the special context of our own Commission, the answer may have been, in a sense, determined ab initio by our Commission's own ground rules—here the very precise mandate of our Commission. For the mandate, in focusing on the issue of hijacking of aircraft, seems to bring us firmly into the transport and communication cluster of international legal rules and principles.

In any case, it does seem necessary to recognise, at the outset, what, in jurisprudential terms, the North American legal philosopher Lon Fuller, has identified as the polypolarity of a legal problem-situation. In regard to hijacking the condition of polypolarity is constituted not merely by the plurality of aggrieved parties—the country of nationality of the hijacked

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Convention on International Civil Aviation, Chicago, December 7, 1944, especially the Preamble and Articles 25, 37, 44. (Appendix III, 10. infra).

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> E. McWhinney, International Law and the Freedom of the Air. The Chicago Convention and the Future, *Rutgers-Camden Law Journal* (vol. 1, 1969), p. 229; E. McWhinney and M. A. Bradley (Editors), *The Freedom of the Air* (1968).

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> International Court of Justice, 1949, Reports of Judgments. Judgment of April 9, 1949 (The Corfu Channel Case (Merits)) at p. 22.

aircraft, the countries of nationality of the different members of the crew and the passengers of the hijacked aircraft, and perhaps the country in whose airspace the hijacking occurred: but also by the plural character of the delinquents involved—here not merely the hijackers themselves, but also, and more importantly in the case of the "new" hijackings, the officials of the state or other political authority on whose territory the hijacked aircraft lands, and who fail promptly to release the aircraft and its passengers and crew so that they can proceed on their way. For it is these third parties—those who. (whether voluntarily or involuntarily), "host" the hijacked aircraft and its passengers and crew, after the aircraft's landing—who may be said to have created the new legal dimension to the hijacking problem by either passively permitting the use by others of the hijacking, or else themselves positively seeking to take advantage of the hijacking, to achieve political objectives extraneous to the act of hijacking itself.

Reference to these third parties, and to the nature of their legal responsibilities and legal liabilities, leads inevitably to one very basic jurisprudential question, going to the techniques and instruments of international law-making and to the science of choosing between them, at any particular time, in terms of concrete international problem-solving. Is the treaty route, and specifically the recourse to the multilateral convention, necessarily the most effective means available for solving a new international problem like hijacking, particularly with its international blackmail complications? This question is not merely prompted by the more obvious facts of the sustained dragging of feet in any general national adherences to multilateral approaches like the Tokyo Convention of 1963, and the rather sorry time lag between the original formal signature of such conventions and their later official ratification. One basic dilemma, of course, is that a multilateral convention with teeth in it may attract only a few, and tardy, signatures and ratifications; while a multilateral convention without teeth in it may hardly be worth all the expenditure of intellectual energy and time involved in it. The surprise is that a comparatively innocuous convention like the Tokyo Convention has experienced such extraordinary difficulties at the political level in obtaining general acceptance.

Quite apart from that, however, on the concrete record of the aftermath to the Tokyo Convention of 1963, it may even be suggested the specification of an already extant international law rule or obligation in the form of a norm of treaty-based law, may actually, from the psychological viewpoint at least, tend to weaken that rule's pre-existing, customary international law-based authority by implying that it is some sort of "new" international law principle, which must run the gauntlet of formal adoption and ratification by states before it can become legally binding upon them or be considered part of general international law. How else to explain the sad fate of the obligation of states—reproduced in Article 11 of the Tokyo Convention—to restore control of a hijacked aircraft to its lawful commander, or to preserve his control of the aircraft; and to permit the passengers and crew of the aircraft to continue their journey as soon as practicable, and to return the aircraft and its cargo to the persons lawfully entitled to possession? The wilful disregard or flouting, since the adoption of the Tokyo Convention and Article 11, of obligations which, it may be contended, existed under general international law independently of the Tokyo Convention 11-for example, in the terms used by the International Court of Justice in the Corfu

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> See, in this regard O. J. Lissitzyn: Hijacking, International Law, and Human Rights; E. McWhinney: International Legal Problem-Solving and the practical dilemma of Hijacking, in E. McWhinney (Editor), Aerial Piracy and International Law (1971).

Channel Case (Merits), in reponse to "elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war", <sup>12</sup> or much more specifically by analogy to the obligation of coastal states to render assistance in cases of shipwreck or to aid vessels in distress <sup>13</sup>—may seem to be given eloquent confirmation in the express re-statement in Article 9 of The Hague Convention, adopted in December 1970, of the duty of states to restore control of the hijacked aircraft to its lawful commander or to preserve his control of the aircraft, and to "facilitate" the continuation of the journey of the passengers and crew as soon as practicable and to return the aircraft and its cargo to the persons lawfully entitled to possession.

Bearing in mind Mr. Verzijl's trenchant comparison and critical analysis of the Tokyo and The Hague Conventions, in the particular context of the obligations contained in Article 11 of the Tokyo text, one may ask whether other, alternative legal controls are not available which might produce more effective and certainly speedier results than the multilateral convention approach. Among such alternative legal controls, we have already, in the Provisional Report, considered the bilateral treaty route, in the special sense of a linking of the network of bilateral air agreements—the legal infra-structure

<sup>12</sup> International Court of Justice, 1949, Reports of Judgments. Judgment of April 9, 1949, at p. 22.

<sup>13</sup> For the classical international law base, see, for example. H. Lauterpacht (Editor): International Law; A. Treatise, vol. 1 (8th edition, 1955) p. 504 note 1, p. 607; C. J. Colombos: The International Law of the Sea (4th revised edition, 1959), p. 289 p. 543; H. Krüger, Seenot, in H. J. Schlochauer (Editor), Wörterbuch des Völkerrechts (volume 3, 1962), p. 237; W. Wengler, Völkerrecht (volume 2, 1964), pages 1078, 1080, 1148; Annuaire de l'Institut de Droit international, (volume 34, 1928), p. 737; Annuaire de l'Institut de Droit international (volume 17, 1898), p. 284.

on which international civil air transport so largely rests—expressly to the I.C.A.O. conventions relating to unlawful interference with civil aviation. Suffice it to say that the administrative and related problems inherent in the bilateral agreements-based approach do not seem to have been satisfactorily answered as yet—see especially the Comments of Mr. Feinberg—and so this particular form of legal control has not been sponsored or adopted by any of the members of our Commission.

Another and rather different method of responding to the hijacking problem, and that, once again, in strictly legal terms, is contained in the suggestion advanced by Mr. von der Heydte in his Comments on the Preliminary Report, and now by Madame Bastid in her Comments on the Provisional Report, that our Commission should essay an identification of the already-existing general principles of international law in this area—the lex lata—either as a supplement to such treaty-based law as is now in force; or else even as a substitute for such treaty law, assuming that there might be a tendency to the same dragging of feet and time lag, in the case of ratifications of the latest, The Hague text, as there have been with the Tokyo Convention.

Among such general principles of the lex lata specifically noted in the Comments of individual members of our Commission are that of freedom of movement (Mr. von der Heydte), and the corollary obligation of each state to co-operate with other states to ensure the security of air travel, (Madame Bastid; Mr. von der Heydte).

Madame Bastid goes on especially to signal the obligation of every state not to allow knowingly its territory to be used for purposes of acts contrary to the rights of other states 14 (here,

<sup>14</sup> See, in this regard, International Court of Justice, 1949, Reports of Judgments. Judgment of April 9, 1949 (The Corfu Channel Case

specifically, the planning or preparation of acts of hijacking, or the detention of a hijacked aircraft and its passengers and crew or cargo after landing).

Beyond that, Mr. Feinberg stresses once more the obligation of every state to restore a hijacked aircraft and to free its passengers and crew, immediately after the hijacked aircraft has landed in its territory; while Madame Bastid emphasizes here the obligation of all states to respect the persons (that is, the personal safety and human dignity) of the passengers and crew of a hijacked aircraft.

Of course, the participation for the first time of the Soviet Union in a multilateral convention concerning international civil aviation,<sup>15</sup> following so closely on the Soviet Union's

<sup>(</sup>Merits)), at p. 22. Similar arguments in favour of the principle of state responsibility for preventing or repressing activities by persons or groups within its territory directed against the peace and order of a foreign state were already advanced in the 1930s, in the special context of European political terrorist acts, no less an authority than Vattel being invoked. See Vattel, Law of Nations, Book II, Chapter VI, s. 72; A. K. Kuhn, The complaint of Yugoslavia against Hungary with reference to the assassination of King Alexander, American Journal of International Law, (volume 29, 1935), page 87; M. Liais, L'affaire hungaro-yougoslave devant le Conseil de la Société des Nations, Revue générale de droit international public (volume 42, 1935), page 127.

<sup>15</sup> The U.S.S.R., the Ukraine, and Byelorussia were among the 76 countries participating in the conference at The Hague which led to the adoption of the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, December 16, 1970. In terms of Article 13 (1) and 13 (2) of the Convention, the Convention is open to all States for signature, after December 31, 1970, in Moscow as well as in London and Washington; and the U.S.S.R. is designated as a Depositary Government for purposes of depositing of instruments of ratification and accession. Russian is also designated, in the Convention, as one of the official languages for purposes of the authentic texts of the Convention. (Appendix III, 1 infra). As to rapidly mounting Soviet interest in

joining of the International Civil Aviation Organisation, <sup>16</sup> suggests a much more broadly-based political and ideological support than heretofore for action to control the unlawful diversion of aircraft. This might suggest, in turn, the prospect of fairly speedy and general ratification of The Hague Convention, in contrast to the fate of the Tokyo Convention.

Yet quite apart from any such optimistic prognostications, an identification of the pre-The Hague Convention lex lata is invaluable not merely as a protection against delays in ratification, but also in terms of establishing the positive obligations under international law of those states which, for various political reasons, may choose not to sign or to ratify the Tokyo and The Hague Conventions, either now or in the future. There is, it is to be observed, a manifest lack of enthusiasm on the part of members of our Commission (Mr. McDougal and Mr. Verzijl perhaps excepted) as to the efficacy of either private, nongovernmental controls on hijacking, such as those attempted to be exercised in the past by I.A.T.A. and I.F.A.L.P.A., or else governmental, non-legal, administrative controls at airports

countering the unlawful diversion of aircraft, see the discussion of recent hijacking incidents involving Soviet civil aircraft. Pravda (Moscow), October 16, 1970; October 20, 1970; December 4, 1970. Izvestiya (Moscow), October 17, 1970; October 18, 1970; October 21, 1970. As to official Soviet support for international legal action against hijackers, see the two statements by O. Khlestov, Director of the U.S.S.R. Ministry of Foreign Affairs' Treaty and Legal Department, published in Pravda, November 28, 1970, and in Izvestiya, January 16, 1971.

<sup>16</sup> The Soviet Union officially joined I.C.A.O. as from November 14, 1970, thereby becoming the 120th member of I.C.A.O. *Pravda* November 28, 1970; I.C.A.O. (Montreal), News Release, November, 1970. For linking of the Soviet Union's joining of I.C.A.O. to more effective action against hijacking and to the control of infringement of air safety generally, see Y. Kolosov, Safety in the Air, *International Affairs* (Moscow), (1971, No. 1), page 71.

and air installations. Granted this fact, an approach that includes some express identification of key elements of the pre-existing lex lata, with openings inevitably towards the lex ferenda, might seem to come closest to representing a collective consensus of the members of our Commission as to the most constructive action available to us, apart of course from our commending to all states their signature to and ratification of the Tokyo and The Hague Conventions.

# II. GENERAL SUMMARY OF COMMENTS MADE BY MEMBERS OF THE EIGHTEENTH COMMISSION TO PROVISIONAL REPORT OF THE RAPPORTEUR OF JULY 21st, 1970

In the Provisional Report, dated July 21 st, 1970, three general questions were formulated to guide the strategy of the Commission in its approach to solution of the problem of hijacking (Provisional Report, pp. 576-578). These questions flowed logically from the detailed *Questionnaire* appended to the Preliminary Study of March 31st 1970, and from the detailed responses of the members of the Commission to that Questionnaire; and they were necessarily based upon the state of international law as it existed at the time of the Provisional Report. Important legal developments in this field since the time of writing of the Provisional Report include, of course, the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, signed at The Hague on December 16th, 1970, (Appendix III. 1. infra); the Draft Convention on Acts of Unlawful Interference against International Civil Aviation (other than those covered by The Hague Convention), prepared by the I.C.A.O. Legal Committee, October 22nd, 1970, (Appendix III. 2. infra); and a Draft Convention on Sanctions, presented by the United States delegation to the I.C.A.O. Legal Committee, October 9th, 1970, (Appendix III, 3, infra). There is a certain duplication or overlap between some of the new legal provisions and the old, particularly as between the texts of the latest, The Hague Convention and the Tokyo Convention of 1963; and difficult questions of interpretation and reconciliation of the different texts may sometimes arise, as Mr. Verzijl, in particular has noted.

To return to the general queries posed in the *Provisional Report*, our *first question* concerned the definition of the basic problem—whether it was hijacking, that is, the unlawful seizure of aircraft *simpliciter*, or something more? We cited here the broader issue of crimes of violence against aircraft, whether in the air or on the ground, and whether attacks on airport installations, airlines offices and buses, or acts of terrorism generally—matters now essentially covered by the Draft Convention on Unlawful Interference (*Appendix* III, 2, *infra*).

In answer to this first question, Madame Bastid felt that we should not extend the mandate of our Commission beyond the issue of diversion of aircraft; though, in her view, this did not mean that we had to limit our investigations to the questions forming the object of the Tokyo and The Hague Conventions.

Mr. von der Heydte, on the other hand, opposed any restriction of our Commission's mandate which would exclude consideration of the employment of violence in international air traffic in general; while Mr. Verzijl's suggestion was that we make some additional observations on the definitions of acts of sabotage in the Draft Convention on Unlawful Interference (Appendix III, 2, infra) without formally asking for an extension of our Commission's mandate.

The second question raised in our Provisional Report was whether, in approaching the subject of hijacking in the strict

sense, our Commission should aim at drafting the text of a model, multilateral international convention; or whether we should content ourselves with elaborating a statement of principles "which might inspire the conduct of States".

In replying to this question, Madame Bastid doubted both the opportuneness of our Commission's trying to present to the plenary session of the Institut a draft multilateral convention treating the problem in its entirety; and also the utility of trying to elaborate a complete exposé of principles which ought to guide states, granted the presence in this field of the two Conventions already open to signature, namely the Tokyo and The Hague texts. Madame Bastid did, however, stress the importance of examining the situation such as it was before the entry into force of these Conventions, with regard to the pre-existing rules that were already binding on states under general international law; and she particularly pointed to the legal resources offered by the lex lata in defining, here, the obligations incumbent upon states, outside even those special (treaty) dispositions which need not necessarily be yet in force.

Mr. Feinberg, for his part, though seeming personally to favour the drafting of a Convention by the Commission, expressed himself nevertheless as prepared to rally to the views of other members of the Commission and to try to put together a statement of principles for presentation by the *Institut* for adoption by governments and by international organisations.

Mr. von der Heydte shared Madame Bastid's aversion to formulating a Convention text, preferring instead that the Commission seek to establish principles, and in doing so to open the way to the lex ferenda as well as simply formulating the lex lata.

Finally, Mr. Verzijl concluded that, with the present plethora of international conventions and draft conventions already

existing in the field, there was not much use in our Commission's drafting either an independent convention or an independent statement of principles. Mr. Verzijl thought that the only useful solution, under the circumstances, was a critical comparative study, by our Commission, of the already existing conventions and draft conventions.

In the third question posed in our Provisional Report, we had, in fact, raised this possibility of the Commission's attempting, (in the event of a majority of the Commission's members rejecting both the convention and the statement of principles approaches), detailed criticism of the texts of existing conventions and draft conventions in the field.

In response to this third question, Madame Bastid doubted the efficacy of our Commission's proceeding to an article by article examination of such texts, or attempting to put the Institut's suggestions or criticisms of these texts into resolution form. The more helpful approach, in Madame Bastid's view, was to emphasise that certain problems are not yet covered by these dispositions, among these being the rules limiting the territorial competence of the state on whose territory the aircraft finds itself in consequence of the hijacking.

Mr. von der Heydte addressed himself to The Hague Convention text and, while favouring its adoption, nevertheless felt it to be illogical to limit the international regulation to the cases enumerated in Article 1 of The Hague text, thus excluding the employment of force or threat thereof directed against the crew, the passengers or the aircraft itself, if such employment of force or threat thereof does not tend to assure the control of the aircraft. Mr. von der Heydte pointed out that there have been cases where force has been employed on board an aircraft in flight without aiming directly at taking control of it, here referring to cases of tampering with the transmission of telecommunications on board an aircraft, or of

kidnapping inside it. Such acts, in Mr. von der Heydte's view, sometimes put the existence or flight of an aircraft into graver danger than the attempt to take direct control.

Mr. Miaja de la Muela, looking to Article 8 (2) and (3) of The Hague Convention text, felt that the express provisions rendering applications for extradition in hijacking cases—"subject to the other conditions provided by the law of the required state"—were sufficient to ensure that the obligation to accord extradition was not imposed when the requested state considered as bona fide the political character of the offence.

Finally, Mr. Verzijl offered a detailed, Article by Article, examination of The Hague Convention text, with relevant comparisons to the Tokyo Convention text; and this critique is reproduced in full, below.

# III. ANALYSIS OF RESPONSES BY MEMBERS OF THE EIGHTEENTH COMMISSION TO DRAFT RESOLUTIONS APPENDED TO PROVISIONAL REPORT OF JULY 21st, 1970

In the Provisional Report (pp. 579-592), we had submitted five draft resolutions, the first one of these being in three alternative versions. Of the five draft resolutions, the first draft resolution was concerned essentially with urging states to ratify the Tokyo Convention of 1963; or, even before such ratification, to give effect to the principles of Article 11 of that Convention (on restoration of control of a hijacked aircraft to its lawful commander, and permitting its passengers and crew to continue their journey as soon as practicable).

The second draft resolution was essentially a restatement, in expanded form, of the basic principles of Article 11 of the Tokyo Convention.

The third draft resolution was concerned with enactment of national criminal law provisions penalising hijacking of aircraft; the fourth with the facilitating of extradition in hijacking cases; and the fifth with the issue of linking the observance of the Tokyo Convention and similar I.C.A.O. conventions to the network of bilateral air transport agreements.

The rapporteur's task, it must be said, has been made a little more difficult by the fact that not all the members of our Commission have been able to address themselves specifically to the texts of these resolutions. Of those who did so address themselves. Mr. Miaja de la Muela approved all of the texts. with the exception of the fourth draft resolution which he felt to go beyond the criteria as to extradition established in The Hague Convention text. Among the remaining three members of the Commission who also addressed themselves to the draft resolutions-Madame Bastid, Messrs, Feinberg and von der Heydte-there is a certain diversity of attitude, as indicated in their detailed responses below, rendering the establishment of a common approach most difficult. However, all three of our colleagues (and Mr. Miaja de la Muela, of course, too), would seem agreed on the merits of urging all states to adhere to and to ratify the Tokyo and The Hague Conventions as soon as possible.

I am inclined to agree with Madame Bastid and with Mr. von der Heydte, that it might be best for our Commission to limit itself to a single comprehensive resolution, with the resolution itself separated into the two parts, the Preamble and the dispositive part. I also favour Madame Bastid's suggestion that the second or dispositive part of such resolution might contain the specifications as to adhesion to or ratification of the Tokyo and The Hague Conventions and as to the adoption, in consequence, of any necessary internal, municipal law dispositions and the adaptation of extradition conventions; and

that the early, Preambular part might include propositions recalling the objectives of the Chicago Convention of 1944, and also the obligation of states under general international law not to let their territory be used for purposes of acts contrary to the rights of other states, and finally the obligation of states where hijacked aircraft land, in all circumstances to assure respect of persons and goods conformably to general international law. In following Madame Bastid's suggestion in this way, the clear desire of certain other members of the Commission, (notably Mr. Feinberg and Mr. von der Heydte), for a statement of principles by our Commission could also be achieved in measure. This is the course of action that in fact has been adopted in the draft resolution that follows.

Montreal, March 15th, 1971.

#### IV. Draft of Resolution

Draft of Resolution by the rapporteur on Unlawful Acts of Seizure of Aircraft.

- Whereas unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight jeopardise the life and health of passengers and crew in disregard of commonly accepted humanitarian considerations;
- whereas such unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight seriously affect the operation of international air services, and undermine the confidence of the peoples of the world in the safety of civil aviation;
- whereas such unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight constitute violations of the freedom of air travel and communication and the freedom of movement generally;
- whereas, as expressly affirmed in the Preamble and also Articles 37 and 44 of the Chicago Convention of 1944, States are obligated to secure the development of international civil aviation in a safe and orderly manner; to collaborate in ensuring the safety, regularity, and efficiency of air navigation; to meet the needs of the peoples of the world for safe, regular and efficient air transport; and to promote safety of flight in international air navigation;
- whereas, in terms of Articles 25 and 37 of the Chicago Convention of 1944, and also under general international law, States are obligated to render assistance to aircraft in distress in their territory and to permit, subject to control by their own authorities, the owners of the aircraft or authorities of

the State in which the aircraft is registered to provide such measures of assistance as may be necessitated by the circumstances:

- whereas, under general international law, States are obligated to restore control of an unlawfully diverted aircraft to its lawful commander, or to preserve his control of the aircraft; to permit the passengers and crew of the aircraft to continue their journey as soon as practicable, and to return the aircraft and its cargo to the persons lawfully entitled to possession; and to ensure the personal safety and human dignity and the welfare of such passengers and crew, until their journey can be continued;
- whereas, under general international law, States are obligated not to allow knowingly their territory to be used for purposes of acts contrary to the rights of other States, (here, specifically, the planning or preparation of acts of unlawful diversion of aircraft, or the detention of an unlawfully diverted aircraft, its passengers and crew and cargo, after it has landed in their territory);
- Reserving for possible later investigation the study of the prevention and repression of all other acts of violence capable of endangering the safety of air travel;

# The Assembly

— Urges all States that have not yet done so to ratify or accede, as soon as possible, to The Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft, signed at Tokyo on 14 September 1963; and to ratify or accede as soon as possible to The Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, signed at The Hague on 16 December, 1970.

- Urges all States to adopt, as soon as possible, such dispositions in their internal law as may be necessary to give effect to the Tokyo and The Hague Conventions:
- Urges all States to make, as soon possible, such adaptations to existing conventions concerning extradition to which they are parties as may be necessary to give effect to the Tokyo and The Hague Conventions;
- Urges all States to take all appropriate measures immediately to restore control of an unlawfully diverted aircraft to its lawful commander or to preserve his control of the aircraft, and immediately to return the aircraft and its cargo to the persons lawfully entitled to possession;
- Urges all States to permit the passengers and crew of an unlawfully diverted aircraft immediately to continue their journey on the same aircraft, or as soon as arrangements can be made for other transportation in the event the unlawfully diverted aircraft is unserviceable:
- Urges all States to develop and utilise appropriate measures to ensure the personal safety and human dignity and the welfare of passengers and crew of unlawfully diverted aircraft, until their journey can be continued.

## IV. Projet de résolution

## Projet de Résolution, rédigé par le rapporteur, sur le détournement illicite d'aéronefs

Attendu que le détournement illicite d'aéronefs en vol met en danger la vie et la santé des passagers et de l'équipage au mépris de considérations humanitaires généralement acceptées;

Attendu qu'il porte une grave atteinte au bon fonctionnement des services aériens internationaux, et ébranle la confiance des peuples du monde dans la sécurité de l'aviation civile:

Attendu qu'il constitue une violation de la liberté des transports aériens et de la liberté de se déplacer en général;

Attendu que les Etats, comme il l'est dit expressément dans le préambule de la Convention de Chicago de 1944 et dans ses articles 37 et 44, doivent faire en sorte que l'aviation civile internationale se développe d'une manière sûre et ordonnée; doivent collaborer pour que soient assurées la sécurité, la régularité et l'efficacité de la navigation aérienne; doivent procurer aux peuples du monde des transports aériens sûrs, réguliers et efficaces; doivent améliorer la sécurité de vol dans la navigation aérienne internationale;

Attendu que, d'après les articles 25 et 37 de la Convention de Chicago de 1944, et également d'après le droit international général, les Etats doivent fournir assistance aux aéronefs en détresse sur leur territoire et, sous réserve de l'exercice d'un droit de contrôle par ses propres autorités, permettre aux propriétaires de l'aéronef ou aux autorités de l'Etat dans lequel l'aéronef est immatriculé de fournir les mesures d'assistance que les circonstances pourraient rendre nécessaires.

Attendu que, d'après le droit international général, les Etats sont obligés de rendre l'aéronef détourné à son commandant légitime, ou lui en conserver le commandement; de permettre aux passagers et à l'équipage de l'avion détourné de poursuivre leur voyage dès que cela est possible; de faire en sorte que l'aéronef et sa cargaison soient restitués immédiatement aux personnes ayant un titre de possession légitime; et de garantir la sécurité, la dignité humaine et le bien-être des passagers et de l'équipage, jusqu'à ce que leur voyage puisse se poursuivre;

Attendu que, d'après le droit international général, les Etats ont l'obligation d'interdire, s'ils le savent, que leur territoire soit employé à des fins contraires aux droits des autres Etats, (dans le cas présent le projet ou la préparation d'actes de détournement illicite d'aéronefs, ou la détention d'un aéronef détourné, de ses passagers, de son équipage ou de sa cargaison, après qu'il a atterri sur leur territoire).

Réservant éventuellement pour plus tard l'étude de la prévention et de la répression de tous les autres actes de violence pouvant mettre en danger la sécurité des transports aériens;

#### L'Institut de Droit international

Demande à tous les Etats qui ne l'ont pas encore fait de ratifier aussitôt que possible la Convention relative aux infractions et certains autres actes commis à bord des aéronefs, signée à Tokyo le 14 septembre 1963, ou d'y adhérer; de ratifier aussitôt que possible la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, signée à La Haye le 16 décembre 1970, ou d'y adhérer.

Demande à tous les Etats d'inclure aussitôt que possible dans leur droit interne des dispositions qui puissent donner effet aux conventions de Tokyo ou de La Haye.

Demande à tous les Etats de faire aussitôt que possible les adaptations nécessaires aux conventions d'extradition dont ils font partie pour que puissent prendre effet les conventions de Tokyo et de La Haye.

Demande à tous les Etats de prendre des mesures appropriées pour que le commandement de l'aéronef soit rendu immédiatement à son commandant légitime, ou qu'il lui soit conservé, et pour que l'aéronef et sa cargaison soient restitués immédiatement aux personnes ayant un titre de possession légitime;

Demande à tous les Etats de faire en sorte que les passagers et l'équipage d'un aéronef détourné puissent poursuivre leur voyage sur le même appareil, immédiatement ou aussitôt que d'autres arrangements auront été pris dans le cas où l'aéronef n'est plus utilisable;

Demande à tous les Etats d'agir pour que soient garantis la sécurité, la dignité humaine et le bien-être des passagers et de l'équipage de l'aéronef détourné jusqu'à ce que leur voyage puisse se poursuivre.

## APPENDIX I.

Supplementary letters to the Provisional Report, addressed by Mr. Edward McWhinney to the members of the Eighteenth Commission.

Montreal, August 7, 1970.

In accordance with the Institut's statutes, I have prepared some draft Resolutions, which are to be annexed to the *Provisional Report*. These draft Resolutions try to capture the spirit of your own detailed suggestions to me in response to my earlier, *Preliminary Study*. I have prepared five such draft Resolutions, and you will notice that they could either be considered separately since each deals with a different phase of the subject; or else treated cumulatively. I would appreciate your comments and advice on the draft Resolutions.

One further matter of some importance! Several members of the Commission raised with me the question of whether the mandate of our Commission could not be broadened so as to include crimes of violence directed against civil air travel and air communications generally. While recognising that the problem of the illegal diversion of aircraft is only one part of a much broader problem of ensuring the freedom of the air, I would have to point out that any enlargement of our mandate would require a formal ruling from the Bureau of the Institut, and that this would take time and probably jeopardise our chances of having our subject discussed at Zagreb. The members of the Bureau do not, in any case, meet again until early in 1971 and they would have to be polled by letter before that time.

I can say, however, that after discussions with the Secretary-General of the Institut, I am prepared myself to rule now, as a matter strictly of "interpretation" of our mandate, that the "illegal diversion of aircraft" is not limited to acts committed in the air, as such, but would also cover such acts when committed on the ground immediately prior to the take-off of the aircraft or immediately after the landing of the aircraft. I would suggest that, in your responses to the Provisional Report, you should feel free to interpret the illegal diversion of aircraft (hijacking) on this basis.

Edward McWhinney.

Montreal, January 4, 1971.

I have pleasure in enclosing herewith the text of the new Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, adopted at The Hague on December 16th, 1970.

The Convention was adopted at The Hague by a vote of 74 to 0, with 2 abstentions; with 50 States among those represented at the conference at The Hague signing the Convention at the conclusion of the conference. The Convention is open for additional signatures by all States, in London, Moscow, and Washington, from January 1st, 1971. It will enter into force after it is ratified by at least 10 States.

Edward McWhinney.

#### APPENDIX II.

Individual comments of the members of the Eighteenth Commission in response to the Provisional Report and also to the letters of Mr. Edward McWhinney of August 7, and January 4, 1971.

#### 1. Comments by Mme Suzanne Bastid

Paris, le 24 janvier 1971.

1. Le sujet confié par l'Institut à la Dix-huitième Commission est d'une si brûlante actualité que depuis votre rapport préliminaire du 21 juillet 1970 des événements multiples se sont produits qui ne manqueront pas d'affecter nos travaux. Il s'agit, d'une part, des déroutements d'aéronefs ainsi que d'actes divers mettant en jeu la sécurité du transport aérien dont les conséquences dramatiques sont présentes à tous les esprits. La chronique de Charles Rousseau, dans le nº 4 de la Revue générale de 1970, en fait un exposé détaillé. Il s'agit, d'autre part, des diverses initiatives qui, sur le plan national ou international, tendent à établir des règles susceptibles de porter remèdes aux situations très graves mettant en péril les exigences fondamentales du transport aérien international.

Vous avez bien voulu adresser aux membres de la Commission le texte de la Convention signée à La Haye le 16 décembre 1970 (Convention pour la suppression de la capture illicite des aéronefs). L'existence de ce texte, approuvé par 74 Etats, ne manquera pas d'exercer une influence sur les travaux de notre Commission.

On peut, d'autre part, en liaison avec l'objet même de cette Convention, relever l'introduction dans le cadre du droit interne de dispositions pénales spéciales nouvelles concernant la répression des faits qui nous intéressent (loi française du 15 juillet 1970 insérant dans le code pénal un article 462 réprimant le détournement d'aéronef, J.O. 17 juillet <sup>1</sup> ainsi que l'insertion dans des conventions d'extradition de dispositions spéciales visant le déroutement d'aéronef parmi les infractions autorisant l'extradition <sup>2</sup>).

A la suite des graves affaires du Moyen-Orient, les Nations Unies ont pris à deux reprises position. Tout d'abord est intervenue, le 9 septembre 1970, la résolution 286 du Conseil de sécurité résultant d'un consensus réalisé à la suite de consultations intensives entre ses membres. Elle concerne le problème de la situation des "passagers et membres des équipages détenus à la suite de détournement ou de toute autre ingérence dans les liaisons internationales" et d'une façon très générale:

"Demande aux Etats de prendre toutes les mesures juridiques possibles pour empêcher tout nouveau détournement

<sup>1 «</sup> Toute personne se trouvant à bord d'un aéronef en vol, qui, par violence ou menace de violence, s'empare de cet aéronef ou en exerce le contrôle, sera punie de la réclusion criminelle à temps de cinq à dix ans.

S'il est résulté de ces faits des blessures ou maladies, la peine sera celle de la réclusion criminelle à temps de dix à vingt ans. S'il en est résulté la mort d'une ou de plusieurs personnes, la peine sera celle de la réclusion criminelle à perpétuité.

<sup>... )</sup> 

Sur le cas rapporté p. 537, concernant le déroutement à Berlin-Ouest d'un avion de la LOT et sur les dispositions appliquées par le Tribunal du gouvernement militaire français de Berlin, voir Ruzié, Annuaire français de Droit international, 1969, p. 785.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Convention franco-américaine du 12 février 1970 (DSB 30 mars 1970, p. 435).

ou toute autre ingérence dans les liaisons aériennes internationales civiles " 3

D'autre part, le 25 novembre 1970, l'Assemblée générale a adopté par 105 voix contre 0 et 8 abstentions (Cuba et quelques pays arabes) une résolution qui, tout en demandant que les dispositions soient prises pour la poursuite et la punition des coupables de détournement d'aéronefs ou d'ingérence dans les liaisons aériennes civiles, condamne la prise d'otages à la suite de la capture illicite d'un aéronef, la détention illicite de passagers et de membres de l'équipage en transit ou participant autrement à des liaisons aériennes civiles et demande qu'une "action concertée soit menée par les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, afin de réprimer tous actes qui compromettent la sécurité et la régularité des transports aériens civils internationaux" 4.

Ces deux documents abordent un aspect nouveau du problème : l'utilisation à des fins politiques du détournement d'aéronef par l'autorité sur le territoire duquel celui-ci atterrit.

L'Assemblée du Conseil de l'Europe a pris position à cet égard en septembre 1970 et s'est préoccupée de "réprimer sévèrement le chantage" et de faire en sorte que "les pirates et les terroristes relâchés sous la contrainte ne puissent échapper au châtiment et purgent effectivement la condamnation promoncée".

Le Conseil de l'O.A.C.I., réuni en session extraordinaire à la demande des Etats-Unis, a pris une résolution le 1er octobre 1970 demandant aux Etats parties de procéder, à la demande

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> See Appendix III (5), infra, for text of Resolution. (Rapporteur's Note).

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Résolution 2645 (XXV). See Appendix III (6), infra, for text of Resolution. (Rapporteur's Note).

de l'un d'eux, à des consultations en vue de mesures conjointes à prendre "en conformité du droit international si un Etat détient, contrairement à l'article 11 de la Convention de Tokyo, aux fins de chantage international, un aéronef après sa capture illicite, ses passagers ou l'équipage ou, contrairement aux principes des art. 7 et 8 du projet de convention relative à la capture illicite d'aéronefs, manque à extrader ou poursuivre les personnes qui commettent des actes de capture illicite aux fins de chantage international "— ceci sans exclure la possibilité de la suspension des services aériens avec cet Etat.

La résolution a chargé le Comité juridique d'examiner une convention internationale à cette fin, en vue d'une action conjointe dans les autres cas de capture illicite et enfin de prévoir l'amendement des accords bilatéraux de transport aérien de manière à lever toute possibilité de doute quant au pouvoir de participer aux mesures qui pourraient être prises ainsi contre tout Etat. Le Comité juridique a déjà procédé à un examen de ces propositions, émanant à l'origine des Etats-Unis et du Canada, lors de sa réunion d'octobre 1970 mais ses travaux sont encore en cours.

Par contre il a établi lors de cette même réunion un projet de convention sur les actes d'intervention illicite contre l'aviation civile internationale (autres que ceux visés par la convention relative à la capture illicite d'aéronefs). Ce texte définit un ensemble d'infractions et fixe les conditions de répression ou d'extradition suivant un système général comparable à celui de la Convention de La Haye. L'objectif poursuivi est la répression d'actes qui peuvent être commis au sol mais qui sont susceptibles de compromettre la sécurité d'aéronefs en vol.

2. Ces développements intervenus depuis le rapport provisoire et ceux qui peuvent être escomptés dans les mois qui

nous séparent de la session de Zagreb ne sauraient être ignorés de notre Commission.

Pour l'essentiel, la situation me semble être la suivante : deux conventions multilatérales sont ouvertes à la signature et à la ratification; un troisième projet de convention va être prochainement examiné par une conférence diplomatique.

Diverses propositions sont en cours d'examen par le Comité juridique de l'O.A.C.I.

Enfin diverses instances internationales ont pris position sur les principes applicables non seulement en cas de déroutement mais s'agissant des diverses situations qui se sont développées en liaison avec ceux-ci <sup>5</sup>.

- 3. Les questions que vous voulez bien poser aux membres de la Dix-huitième Commission me suggèrent, dans les circonstances présentes, les réflexions suivantes :
- Point 1. Il est certainement d'une bonne méthode de travail de ne pas étendre le mandat d'une commission. La Dixhuitième Commission devrait se limiter au cas de déroutement sans examiner les autres atteintes à la sécurité d'aéronefs en vol. Mais ceci ne signifie pas qu'elle doive limiter ses investigations aux questions qui font l'objet des Conventions de Tokyo et de La Haye.
- Point 2. Il serait sans doute inopportun que notre Commission tente de présenter à l'assemblée plénière un projet de convention multilatérale traitant de l'ensemble de la matière; par ailleurs, en présence de deux conventions ouvertes à la signature, il n'est sans doute pas très utile de tenter d'élaborer

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Il faut enfin signaler les discussions intergouvernementales sur les diverses techniques destinées à prévenir les atteintes à la sécurité des transports aériens.

un exposé complet des principes qui devraient inspirer la conduite des Etats. Cependant il est important d'examiner la situation telle qu'elle se présente avant l'entrée en vigueur de ces conventions eu égard aux obligations préexistantes résultant pour les Etats du droit international général.

Notre Commission pourrait donc considérer certains des problèmes qui ont apparu en liaison avec des déroutements récents et sur lesquels les instances internationales ont pris position.

Pour ce qui est de la distinction entre lex lata et lex ferenda, il m'apparaît qu'elle pourrait être présente à l'esprit de notre Commission dans le cadre suivant : les problèmes de déroutement d'aéronefs et d'atteinte à la sécurité des aéronefs en vol exigent des règles nouvelles dans l'ordre interne et dans l'ordre international : s'il y a déjà lex lata sur certains points, on est généralement dans le domaine de lex ferenda.

Par contre il serait important de rechercher les ressources qu'offre la lex lata pour définir dans ce domaine les obligations propres des Etats, en dehors même des dispositions spéciales qui peuvent ne pas être encore en vigueur.

Point 3. Vous voulez bien suggérer aux membres de la Commission d'énoncer en tout état de cause leurs observations concernant le texte de la Convention de Tokyo et le projet — devenu aujourd'hui convention — pour la suppression de la capture illicite d'aéronefs.

Il me paraît difficile de procéder à un examen article par article de ces textes et je ne pense pas qu'une résolution de l'Institut puisse utilement émettre des suggestions ou des critiques au sujet de solutions adoptées à la suite de longues discussions dans le cadre de l'O.A.C.I.

Il paraît surtout important de souligner que certains problèmes ne sont pas encore réglés par ces dispositions. D'une façon générale, les règles qui devraient limiter la compétence territoriale de l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'aéronef en conséquence du déroutement n'ont été indiquées que de façon sommaire dans ces conventions.

4. Vous avez bien voulu préparer cinq projets de résolution, le premier comportant trois versions. Je les examinerai successivement. Dans les trois versions du projet sur le détournement illicite d'aéronefs il y a deux éléments communs : inviter tous les Etats à devenir parties à la Convention de Tokyo, leur demander avant ratification ou adhésion " de donner effet aux principes de l'article 11 de cette Convention".

La version B ajoute un alinéa réservant pour plus tard l'étude de la prévention et de la répression de tous les autres actes de violence pouvant mettre en danger la sécurité des transports aériens.

La version C comporte enfin un paragraphe sur la convention préparée sur l'O.A.C.I. concernant la répression pénale de la capture illicite d'aéronef.

Bien que les termes de l'article 11 de la Convention de Tokyo soient assez vivement critiqués par M. J. H. W. Verzijl, il paraît souhaitable que le régime de cette Convention, actuellement en vigueur, s'étende. De même, dans la situation présente, la ratification de la Convention de La Haye paraît éminemment désirable. Un vœu de l'Institut en ce sens semble s'imposer.

Par contre, du moment que l'on est d'accord pour se limiter au problème du déroutement d'aéronefs, il me paraît peu nécessaire de faire une réserve de style sur "les autres actes de violence" dans le corps même de la résolution, ce point devrait être mentionné dans les considérants.

Le problème le plus difficile consiste à demander aux Etats de donner effet avant ratification aux principes de l'article 11 de la Convention de Tokyo. Sans doute cette proposition reprend-elle la résolution B/I de l'Assemblée extraordinaire de l'O.A.C.I. de juin 1970, mais l'Institut peut-il, pour ce qui le concerne, donner un fondement à cette demande?

C'est un des points que la Commission devrait considérer avant de proposer ce texte à l'assemblée plénière. Aucun fondement n'est proposé à cette demande adressée aux Etats et il est assez difficile de déterminer la portée juridique d'une acceptation de leur part. Si l'on pouvait rattacher à des règles liant les Etats le contenu de l'article 11, la situation serait différente. C'est pourquoi je serais tentée de rechercher dans les principes formulés par la Convention de Chicago qui lie les Etats membres de l'O.A.C.I. et dans les principes généraux du droit international, la base de l'article 11.

D'une façon générale, l'aéronef dérouté tombe sous la compétence territoriale de l'Etat où il est amené à atterrir. Dans l'exercice de cette compétence territoriale, l'Etat est tenu à une certaine vigilance. C'est l'idée exprimée par la Cour dans l'arrêt du 9 avril 1949 à propos des obligations incombant aux autorités albanaises dans les eaux territoriales. Ces obligations, dit l'arrêt, sont fondées sur "certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité —, le principe de la liberté des communications maritimes et l'obligation pour tout Etat de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats" (Rec. 1949, p. 22).

S'agissant d'un aéronef dérouté, on peut soutenir que la compétence territoriale de l'Etat doit s'exercer de telle sorte que les principes formulés dans la Convention de Chicago soient respectés dans les conditions permises par les circonstances. Les formules de l'art. 37 in fine ("sécurité, régularité et efficacité de la navigation aérienne") de l'article 44 e (répondre aux besoins des peuples du monde en matière de transport aérien sûr, régulier, efficace et économique) et 44 b

("promouvoir la sécurité de vol dans la navigation aérienne internationale") pourraient être rappelés pour fonder les obligations d'un Etat membre de l'O.A.C.I. dans l'exercice de sa compétence territoriale à l'égard d'un aéronef dérouté, de son équipage et de ses passagers, alors même qu'il n'est pas partie à la Convention de Tokyo.

5. Le deuxième projet de résolution concerne les remèdes à apporter aux conséquences du détournement illicite d'aéronefs. Il reproduit pour une large part une des résolutions de l'Assemblée de l'O.A.C.I. (B/2) et concerne les conditions dans lesquelles les passagers et l'équipage doivent être mis à même de continuer leur voyage et l'Etat de l'enregistrement doit être averti du déroutement.

Certaines de ces dispositions, parfaitement raisonnables, peuvent être préconisées de lege ferenda (notification à l'Etat d'enregistrement, conditions de départ des passagers, etc.).

L'Institut pourrait par contre se fonder sur le droit international général pour demander la restitution de l'aéronef et de sa cargaison et aussi pour affirmer que les passagers et l'équipage ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'atteinte à leur liberté et, à plus forte raison, être pris comme otages. En transposant, mutatis mutandis les termes de l'arrêt du 9 avril 1949, on peut affirmer que les règles applicables en cas de conflit armé aux personnes civiles suivant la 4<sup>me</sup> Convention de Genève, répondent à des considérations élémentaires d'humanité qui doivent à plus forte raison s'appliquer aux personnes dont la présence sur le territoire de l'Etat a son origine dans des actes — dont la responsabilité n'est pas imputable à l'Etat — mais qui contreviennent aux principes acceptés par lui en matière d'aviation civile.

6. La substance du troisième projet de résolution devrait être retenue par l'Institut, quitte à harmoniser la rédaction avec

la recommandation concernant la Convention de La Haye. Il est en effet souhaitable que la législation à intervenir soit établie en tenant compte de ce texte, de façon à faciliter la ratification. Le problème se pose dans des termes analogues pour le projet N° 4 relatif à l'extradition. Une recommandation de l'Institut devrait également tenir compte des termes de la Convention de La Haye.

7. Le projet N° 5 sur le lien à établir entre les obligations nées de traités bilatéraux et les obligations nées des conventions multilatérales pose des problèmes plus délicats.

L'Assemblée de l'O.A.C.I. (Résolution B/a) a renvoyé une proposition canadienne à ce sujet au Conseil de l'O.A.C.I. qui en a saisi le Comité juridique. Un premier examen du problème a été fait lors de sa session d'octobre 1970 et il a été décidé d'en poursuivre l'étude.

Si la Commission décide de proposer un texte à l'assemblée plénière à ce sujet, il serait utile de s'expliquer de façon plus précise sur les objectifs poursuivis, les obligations que l'on désire voir assumer et surtout les conditions dans lesquelles un manquement à ces obligations pourrait être un motif de suspension ou de rupture de l'accord bilatéral.

Si l'on s'orientait dans ce sens avec l'idée de proposer éventuellement des clauses types, il serait sans doute nécessaire de procéder à des discussions approfondies sur l'ensemble du problème. Dans la situation présente, je pense que la Commission devrait se borner à proposer à l'Institut d'étudier les conditions dans lesquelles le problème pourrait être utilement discuté en marquant l'importance de définir les cas dans lesquels un manquement aux obligations assumées pourrait justifier une interruption du transport aérien à destination de l'Etat cocontractant. La complexité de la matière ne permettrait guère d'aller plus avant, avant la session de Zagreb.

8. Le délai très court dont nous disposons rend évidemment difficile la discussion au sein même de la Dix-huitième Commission de deux problèmes qui se sont présentés ces mois derniers. Cependant je pense que les suggestions que vous pourriez nous adresser à ce sujet pourraient être examinées dans une réunion de notre Commission le jour qui précède le début de la session. Même si nous n'arrivions pas à des propositions précises, tout au moins pourrions-nous provoquer un débat ordonné en séance plénière.

Il s'agit d'abord de ce que l'on a appelé « chantage international », c'est-à-dire le fait de détenir les passagers et l'équipage d'un aéronef dérouté en vue de contraindre leur Etat national à libérer des personnes condamnées ou poursuivies pour déroutement illégal d'aéronef.

Il s'agit, d'autre part, de la situation où l'autorité détentrice de l'aéronef dérouté ne relève pas d'un Etat reconnu.

Ces deux situations sont juridiquement distinctes. Dans les affaires récentes elles ont été liées en fait. On ne peut méconnaître qu'elles se sont produites dans le cadre d'un conflit qui rentre sans doute dans la catégorie définie par l'Assemblée générale des Nations Unies (Résolution 2597 XXIV) comme "lutte des peuples sous le joug colonial et étranger pour leur libération et leur autodétermination" (ou qui est considéré comme tel par ceux qui le mènent). A ce propos le rapport du Secrétaire général du 18 septembre 1970 sur Le respect des droits de l'homme en période de conflit armé (A/ 8052) n'hésite pas à dire que les civils "mêlés aux luttes entreprises contre des autorités coloniales ou étrangères " doivent bénéficier des droits mentionnés dans la Convention IV et — notamment — ne pas être pris comme otage (par. 285). C'est bien, s'agissant des affaires de septembre 1970, ce qu'ont dit le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale en faisant appel "à toutes les parties intéressées", pour libérer les passagers et l'équipage des aéronefs détournés.

Si l'Institut employait une formule analogue, il exprimerait un principe sur lequel l'accord semble être réalisé.

On peut se demander si l'article 6 de la Convention de La Haye ne permet pas de faire peser — au moins dans certains cas — une menace sur les bénéficiaires de l'opération de chantage lorsqu'ils ont commis l'infraction définie à l'article premier. Le projet de convention sur l'intervention illicite contre l'aviation civile contient un article 6 analogue, mais l'article dans sa rédaction actuelle limite plus strictement la compétence juridictionnelle de l'Etat que l'article 4 du texte de La Haye. Il pourrait être intéressant de considérer si c'est dans la voie d'une menace de poursuite pouvant être engagée contre les bénéficiaires d'une opération de chantage qu'il convient de s'engager. Si l'Institut inclinait dans ce sens, il conviendrait peut-être d'examiner de ce point de vue le projet qui doit être soumis à une conférence diplomatique (sur l'intervention illicite contre l'aviation civile).

9. Sous réserve des considérations que je viens de présenter dans ce paragraphe 8, je pense que les propositions de notre Commission à l'Institut devraient être comprises dans un texte unique, rappelant les objectifs essentiels de la Convention de Chicago en matière de transport aérien ainsi que le principe suivant lequel l'Etat ne doit pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats. Sans doute faudrait-il mentionner que la résolution se limite au problème du déroutement proprement dit.

Dans le projet de dispositif, pourrait être recommandée la ratification ou l'adhésion aux Conventions de Tokyo et de La Haye, l'adoption des dispositions internes nécessaires, l'adaptation des conventions d'extradition. D'autre part, pourrait être énoncée l'idée qu'en toutes circonstances, l'Etat d'atterrissage doit, dans l'exercice de sa compétence territoriale par

rapport à l'aéronef, à sa cargaison, à l'équipage et aux passagers qui se trouvent relever de sa juridiction à la suite d'actes qui ne lui sont pas imputables, assumer le respect des personnes et des biens conformément au droit international, notamment à la Convention de Chicago et à la 4<sup>me</sup> Convention de Genève.

Il serait possible de recommander enfin les mesures prévues dans le projet de résolution n° 2 à titre de pratique souhaitable.

Enfin, la Commission devrait examiner s'il convient de retenir pour la présenter à l'Institut l'idée énoncée dans le projet de résolution n° 5 et sous quelle forme.

Suzanne Bastid.

## 2 (a) Comments by Mr. Nathan Feinberg

Jérusalem, le 13 décembre 1970.

1. Qu'il me soit permis tout d'abord de faire une remarque préliminaire d'ordre général. Vous insistez dans votre rapport sur le "high political content" de la question qui fait l'objet de notre étude; vous exprimez des doutes quant aux chances de réussite de la méthode multilatérale en la matière et vous paraissez favoriser, compte tenu de la réalité politique, la voie des arrangements sur une base bilatérale ou régionale. Je regrette de ne pas pouvoir vous suivre sur ce point. Je suis d'avis, pour ma part, que la lutte contre ce crime abominable qu'est le terrorisme aérien doit se mener, en premier lieu, à l'échelon international, et je crois, de plus, que l'immense majorité des Etats est consciente, aujourd'hui, — elle ne

l'était pas il y a quelques années — du devoir qui lui incombe dans ce domaine. Quand bien même votre pessimisme serait justifié (et l'on ne peut guère compter sur la signature, ratification ou adhésion rapide des Etats aux conventions internationales multilatérales), il ne me paraît pas que l'Institut, en tant qu'institution scientifique, doive se laisser guider dans ses délibérations par des considérations d'opportunité. Tout en reconnaissant que l'Institut se doit de ne pas travailler dans le vide, j'estime que, lorsqu'il inscrit une question à son ordre du jour, il est appelé à l'étudier en plein détachement de considérations politiques ou autres et à proposer la réglementation juridique qui lui paraît la mieux fondée et la plus efficace. Ce faisant, l'Institut indique aux Etats le but vers lequel ils doivent orienter leurs efforts.

- 2. Vous nous demandez de vous faire connaître nos observations critiques en ce qui concerne la Convention de Tokyo de 1963 et le projet de convention actuellement à l'examen devant la conférence diplomatique réunie à La Haye par l'Organisation de l'Aviation civile internationale. Je crois pouvoir être dispensé de m'étendre sur ce point, car mes réserves et objections aux instruments ci-dessus, tout au moins pour ce qui touche à leurs dispositions principales, se dégagent de mes réponses à votre questionnaire très détaillé.
- 3. Les cinq projets de résolution que vous joignez à votre rapport provisoire reproduisent, avec certains remaniements, les résolutions qui ont été adoptées, en juin 1970, par l'assemblée extraordinaire de l'O.A.C.I. J'avoue ne pas être persuadé que ce soit la voie à suivre. Si le but envisagé est d'accorder à ces résolutions l'appui de l'Institut afin de leur donner plus de poids et de les investir d'une plus grande autorité, je me demande si l'on ne pourrait pas l'atteindre en insérant dans le

préambule de la résolution, qu'il y aurait lieu de rédiger, quelques alinéas dans lesquels l'Institut émettrait le vœu: a) que les Etats signent, ratifient ou adhèrent à la Convention de Tokyo et à celle actuellement en préparation à La Haye; b) que les Etats donnent effet aux dispositions essentielles qui sont à leur base avant même la ratification ou l'adhésion aux instruments ci-dessus; c) que les Etats appuient les efforts de l'O.A.C.I. visant à préparer et à mettre en œuvre des conventions additionnelles relatives à la piraterie aérienne. Je doute fort qu'il faille inclure dans le préambule un vœu exhortant les Etats à conformer leur conduite aux résolutions dépourvues de contenu juridique adoptées par l'ONU, l'O.A.C.I. et d'autres organisations internationales et qui sont de simples recommandations d'ordre technique.

4. Comme les membres de notre Commission ne se sont pas prononcés en faveur de la rédaction d'un projet de convention. il me paraît judicieux de mettre au point une résolution dans laquelle l'Institut énoncera les principes qui lui paraissent devoir régir la matière et qu'il croit, partant, devoir recommander à l'adoption des gouvernements et à l'attention des organisations internationales. Certains de ces principes ont recueilli l'approbation de la majorité, voire la presque unanimité, des membres de la Commission qui ont répondu à votre questionnaire, à savoir : a) le devoir de tout Etat de prévoir. dans son droit pénal, des peines sévères pour les actes de piraterie aérienne; b) la reconnaissance du principe de la répression universelle en la matière; c) l'obligation d'assurer lui-même la poursuite et le châtiment du coupable ou son extradition, sans tenir compte de l'allégation des mobiles politiques qu'il pourrait invoquer; d) l'obligation, en cas de détournement d'un aéronef, de restituer immédiatement l'appareil et de libérer les passagers et l'équipage.

5. La résolution devrait encore, bien entendu, prendre position à l'égard du problème des sanctions qui, n'ayant pas figuré dans votre questionnaire, n'a pas été traité dans les réponses des membres de la Commission.

Vu la gravité de certains actes récents de détournements d'avions qui ont été accompagnés de la détention de passagers pris comme otages et de chantage auprès des gouvernements, les Etats sont, généralement, devenus conscients aujourd'hui de la nécessité impérieuse de prévoir des sanctions contre tout Etat qui ne remplirait pas les obligations internationales assumées par lui en la matière. L'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe a tout récemment (le 24 septembre 1970) adopté une résolution dans laquelle elle recommande au Comité des Ministres "de fixer d'un commun accord des sanctions relevant de l'aviation civile, telles que le boycottage d'aéroports ou de compagnies aériennes et le refus des droits d'atterrissage aux compagnies basées dans des Etats qui tolèrent sur leur territoire le terrorisme aérien organisé ou les détournements d'avions et qui ont refusé d'extrader ou de punir sévèrement les coupables". Une résolution libellée dans le même sens a été votée, en octobre 1970, par une organisation non gouvernementale — la Conférence interparlementaire.

L'O.A.C.I. elle-même, comme vous le relevez dans votre rapport, est formellement saisie actuellement de deux propositions relatives aux sanctions: l'une soumise par le gouvernement des Etats-Unis, et qui envisage la conclusion d'un traité multilatéral en matière de sanctions; l'autre provenant du gouvernement du Canada, et qui prévoit l'inclusion dans les accords aériens bilatéraux existants ou à conclure d'une clause spéciale relative aux sanctions. Il est vrai que la proposition des Etats-Unis limite l'application des sanctions aux violations de certains articles de la Convention de Tokyo et de

celle actuellement en préparation à La Haye, qui ont été commises aux fins de chantage international; mais déjà au cours de la discussion préliminaire de la proposition au sein du Comité juridique de l'O.A.C.I., la question a été soulevée de savoir s'il est justifié de restreindre l'application de la Convention projetée aux seuls cas de chantage.

Vous consacrez votre cinquième projet de résolution à la proposition canadienne, sans mentionner, par contre, celle des Etats-Unis. Pour ma part, et ceci ressort déjà de ce que j'ai dit plus haut, j'aurais donné préférence à la proposition des Etats-Unis.

Il n'est pas dénué d'intérêt, à ce propos, de noter que le Groupe de travail, désigné par le Comité juridique de l'O.A.C.I. pour procéder à l'examen préliminaire de la proposition canadienne, a relevé, dans son rapport, avec beaucoup d'insistance, les inconvénients de la méthode bilatérale. Il entrevoit même l'éventualité de recourir aussi pour ce qui touche cette proposition, à la technique multilatérale qui porterait sur la conclusion d'une convention multilatérale ayant pour effet l'insertion automatique de la "clause spéciale" dans les accords aériens bilatéraux.

6. Un mot encore, tout particulièrement, concernant le principe de l'inadmissibilité de "l'exception politique". Il est pertinent de rappeler ici que la résolution adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 25 novembre 1970 affirme que sont condamnés (n'ayant pas sous la main la version française, je cite la version anglaise), "without exception whatsoever, all acts of aerial hijacking" (c'est nous qui soulignons) et que les Etats sont invités " to provide for the prosecution and punishment of persons who perpetrate such acts... or, without prejudice to the rights and obligations of States under existing international instruments relating to the matter, for the extra-

dition of such persons for the purpose of their prosecution and punishment". Interprétant la résolution dans un article, paru dans le quotidien *Pravda* du 28 novembre 1970, M. O. Khlestov, Chef de la section juridique des traités au Ministère des affaires étrangères de l'URSS, a cru devoir faire ressortir que ladite résolution "condamne tous actes de capture d'un avion, sans exceptions quelconques, et que doivent être punies, par conséquent, toutes personnes, indépendamment des motifs ou prétextes qui les ont amenées à commettre le détournement".

De plus, notons encore, entre parenthèses, que contrairement à sa résolution antérieure du 12 décembre 1969, qui qualifiait de "délit" la prise de possession illégale d'un aéronef civil, la résolution du 25 novembre 1970 qualifie de "crimes" les actes de piraterie aérienne. La Résolution 450 (1970), adoptée le 18 septembre 1970 par l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, utilise la notion de "crime contre l'humanité".

J'ajouterai enfin — toujours en ce qui concerne l'extradition — que M. McDougal et moi-même avons exprimé l'avis qu'en cas d'extradition, la priorité devrait être accordée à la juridiction de l'Etat d'immatriculation.

7. Avant de terminer je tiens encore à faire remarquer que le terme de "piraterie aérienne" que j'ai employé dans ma réponse vise tout recours illégitime à la force, ou la menace de l'emploi de la force, dirigée contre la liberté et la sécurité de l'aviation civile internationale, à savoir, notamment: le détournement des aéronefs, l'enlèvement de personnes, la prise d'otages et le chantage auprès des gouvernements, les attaques au sol et les actes de sabotage commis sur terre contre des avions civils, des pilotes et des passagers ou contre des installations servant aux transports aériens internationaux.

Nathan Feinberg.

# 2 (b) Supplemental Comments by Mr. Nathan Feinberg

Jérusalem, le 10 janvier 1971.

Comme j'ignorais que vous vous proposiez de prolonger le délai de présentation des observations à votre rapport provisoire, j'ai rédigé les miennes sans attendre la fin de la Conférence de La Haye. J'ai eu, entretemps, l'occasion d'examiner le texte de la convention signée à La Haye, et je n'ai vraiment rien de substantiel à ajouter à mes observations antérieures.

J'ai été très heureux de constater que les dispositions incorporées dans la Convention vont beaucoup plus loin que celles qui figuraient dans le projet préparé par le Comité juridique de l'O.A.C.I. Une grande importance s'attache, bien entendu, à l'article 7 selon lequel "the Contracting State in the territory of which the alleged offender is found shall, if it does not extradite him, be obliged, without exception whatsoever and whether or not the offence was committed in its territory, to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution".

Je sais bien que celui qui est appelé à exprimer son opinion individuelle n'est pas confronté avec les difficultés qu'éprouve un rapporteur. Je comprends donc vos difficultés, mais je crois que votre tâche est facilitée par le fait que la Convention, telle qu'elle fut rédigée à La Haye, consacre les deux principes énoncés dans l'article cité ci-dessus, et que la question des sanctions, elle aussi, sera soumise à une conférence diplomatique à convoquer à cette fin.

Nathan Feinberg.

# 3. Comments by Frhr. von der Heydte

Wurzbourg, le 18 janvier, 1971.

Avant tout, je tiens à vous féliciter de l'œuvre magistrale que vous avez accomplie avec votre rapport provisoire ainsi qu'avec votre projet de résolution.

Si je vous ai bien compris, vous demandez surtout une prise de position sur ce dernier point. Permettez-moi donc, mon cher et honoré Confrère, de commencer par faire quelques remarques critiques quant à la forme des résolutions projetées. Je saisis bien les raisons qui vous ont conduit à proposer cinq projets de résolution différents qui touchent chacun à un aspect particulier du problème à résoudre; mais, tout de même, ie préfèrerais, pour ma part, une seule solution qui engloberait le problème sous tous ses aspects. Si l'on suit la voie que vous proposez, on risque de désagréger ce qui devrait être compris comme unité, à savoir le détournement illicite d'aéronefs, les remèdes à apporter aux conséquences d'un tel détournement. les moyens nationaux de le prévenir, la question particulière de l'extradition des auteurs de détournements et, finalement, les rapports qui existent ou qui sont à établir entre les conventions multilatérales et les traités bilatéraux en matière de droit aérien.

Je ne vois aucune difficulté à rédiger un seul préambule qui comprenne tous les alinéas des préambules des cinq résolutions que vous proposez; à mon avis, ils forment, déjà, une unité, le préambule de votre cinquième résolution, par exemple, s'appliquant également à votre première résolution.

La réserve que vous avez faite, avec beaucoup de raison, au commencement du texte principal des versions B et C de

votre première résolution, pourrait être insérée à la fin de ce préambule commun. Cette réserve, elle aussi, vaut pour toutes les autres résolutions que vous proposez.

Après un tel préambule, on pourrait juxtaposer tous les vœux que vous avez formulés dans les cinq résolutions que vous proposez. Cela ferait — si l'on prend le texte de la version C de votre première résolution — 11 paragraphes en tout, ce qui n'est pas trop pour une résolution de l'Institut.

Voilà pour la forme extérieure de la résolution; quant à son contenu, je viens d'indiquer déjà, que, pour ma part, je préfère la version C de votre première résolution.

En général, le texte que vous proposez me paraît très prudent — pour ne pas dire trop prudent. A mon avis, on pourrait s'engager un peu plus en constatant clairement ce qui est déjà interdit en cette matière par le droit international public en vigueur. Si nous sommes trop hésitants, nous risquons de rester à la remorque de la politique qui déjà a réussi, à La Haye, à mettre sur pied un projet de convention. Mais le sens d'une résolution de l'Institut ne peut être d'interpréter seulement les accords déjà existants. Il faut s'y référer afin d'aboutir à de nouvelles solutions. Je ne partage pas votre crainte d'élargir le mandat de notre Commission en traitant du problème de l'emploi de la violence dans le trafic aérien international en général; c'est pourquoi, je ne puis me déclarer d'accord sur la restriction que vous faites, à la fin du chiffre premier, de votre excellent rapport provisoire.

Quant à la question de savoir s'il est plus opportun d'établir les principes ou de formuler le texte d'une convention internationale, j'opte d'une manière très nette pour la première de ces deux voies. Or, pour établir les principes, il ne faut pas seulement formuler la lex lata; à mon avis, il faut également montrer une voie à la lex ferenda. Je crois pouvoir conclure de votre rapport que vous êtes de la même opinion.

Bien que je sois sceptique quant à la rédaction d'un projet de convention par notre Commission, je le suis beaucoup moins en ce qui concerne la critique des conventions déjà existantes. Tout de même, je suis convaincu que la meilleure critique serait de dégager clairement les principes à reconnaître. Je suis heureux d'être d'accord avec vous sur ce point.

Vous nous demandez, à la fin de votre rapport, de vous donner nos opinions sur le texte de la convention de Tokvo de 1963, ainsi que sur le texte du projet de convention élaboré par la Commission juridique de l'O.A.C.I. et adopté dans une large mesure par la Conférence de La Have, en décembre 1970. Comme je vous ai déjà exprimé mon opinion sur la Convention de Tokyo dans ma réponse à votre exposé préliminaire (voir ma lettre du 14 juillet 1970, p. 91 de votre rapport provisoire), vous permettrez que je me restreigne à une courte prise de position vis-à-vis du projet de convention élaboré par la Commission juridique de l'O.A.C.I. et adopté à La Haye, en soulignant le grand progrès qui serait accompli par l'adoption et la mise en vigueur d'une telle convention par la majorité des Etats. Il me paraît cependant peu logique de limiter la réglementation internationale aux cas énumérés dans l'article premier, en en excluant l'emploi de la force ou la menace de son emploi dirigée contre l'équipage, les passagers ou l'aéronef lui-même, si cet emploi de la force ou cette menace ne tendent pas à s'assurer le contrôle de l'aéronef. Il v a eu, en effet, des cas où la force fut employée à bord d'un aéronef en vol mais sans viser directement la prise de contrôle de l'appareil. Je pense, par exemple, aux cas d'entrave à la transmission des télécommunications à bord d'un aéronef ou de kidnapping à l'intérieur d'un aéronef. De tels actes mettent parfois plus gravement en danger l'existence ou le vol d'un aéronef que l'essai de prise de contrôle direct.

Je vous prie de m'excuser de vous répondre d'une manière quelque peu succincte et peut-être trop apodictique mais je veux respecter, cette fois-ci, les délais impartis!

F. A. von der Heydte.

# 4. Comments by Mr. Adolfo Miaja de la Muela

Valencia, le 20 janvier 1971.

Dans votre rapport provisoire, j'ai pu constater, d'une part, l'identité des vues de nos éminents collègues de la Dix-huitième Commission sur certains points tels que l'inapplicabilité du concept de piraterie ou l'alternative aut dedere aut punire et, d'autre part, le désaccord au sujet de la possibilité de qualification des actes de hijacking de délit politique aux fins de l'extradition.

Face au critère majoritaire de la Commission dans ce sens, seules l'opinion de M. le professeur Salmon et la mienne inclinent en faveur de cette possibilité. Je crois de mon devoir de me rallier à ce qui a été dit, avec autant de justesse que de profondeur, par M. le professeur Salmon.

Aux paragraphes 2 et 3 de l'article 8 de la Convention de La Haye, je trouve la possibilité de : "Extradition shall be subject to the other conditions provided by the law of the requested State." Ces réserves sont, à mon avis, suffisantes pour ne pas imposer l'obligation d'accorder l'extradition lorsque l'Etat requis estime bona fide le caractère politique de l'infraction.

Je suis d'accord sur vos projets de résolution. Il va sans dire qu'ils doivent inclure la recommandation aux Etats de signer et ratifier la Convention de La Haye, mais au sujet du projet 4, je suis de l'avis que vous savez : je pense que votre formule va au-delà du critère de la Convention.

Adolfo Miaja de la Muela.

# 5. Comments by Mr. J. H. W. Verzijl

Utrecht, January 31, 1971.

Events have taken the course which could be foreseen in June 1970: the efforts of the Institut are again to a large extent too late, since it is now faced with a new Convention. which has made a number of your draft Resolutions superfluous. Even your suggestion in draft Resolution 1 for a further study of the prevention and repression of other acts of violence capable of endangering the safety of air travel will have to be reconsidered now that—as you probably know better than myself—a third draft Convention—a Sabotage Convention-has been drafted by I.C.A.O. and circulated to all Governments (answers awaited before 1 April 1971) for discussion at a diplomatic conference at Montreal, to be opened on 8 September 1971. That third draft—possibly supplemented by a Sanctions Protocol-defines the acts of sabotage envisaged and prohibits them while for the rest reproducing the provisions of the Convention of The Hague.

The fact that our activities so often make the impression of a slow motion picture is nobody's personal fault, certainly not yours, but we have to face the fact. We might, in the present circumstances, perhaps make some additional observations on the definitions of acts of sabotage in the third draft Convention, without formally asking for an extension of our mandate (your question (1)).

As to your question (2), there is, in my opinion, in the present circumstances for our Commission, not much use in drafting either an independent Convention or an independent statement of Principles in vacuo. The only reasonable thing to do at the present stage of legal development is, in my opinion, to accept the fait accompli of the present co-existence—which cannot be ignored—of two conventions, partly covering the same field, partly complementary, partly even contradictory. That leads us to the solution suggested in your question (3). A critical comparative study of the existing Conventions is in any case necessary.

This study at once gives rise to the question as to what exactly is the legal connection between the two. They not only overlap in different respects, but are, moreover, not identical as regards their contents, even to the extent of contradicting one another. This applies in particular to the definition of an aircraft being "in flight". Whereas the application of power is decisive according to Article 1 (3) Tokyo-differing, for that matter, from Article 3 (2) Tokyo-it is on the contrary, after the amendment of I.C.A.O. Legal Committee's draft Article 2 (1), the closing of the external doors which is now decisive under Article 3 (1) The Hague. Other sets of provisions do not correspond either; compare Article 4 The Hague with Article 3 Tokyo, Article 7 The Hague with Article 16 Tokyo. What happened to the substantive provision in Article 2 Tokyo and, for that matter, what is the exact meaning of that cryptic article? I further leave on one side the sudden emergence, obviously for considerations of international prestige, of the Russian language side by side with the three traditional I.C.A.O. languages in the Convention of The

Hague, and the rival systems of "depositaries" of the Conventions: via the I.C.A.O. according to Article 20 Tokyo. via three individual governments according to Article 13 (2) The Hague-from a legal point of view a silly arrangement. The obligation, assumed by "Contracting States" in Article 11 (1) Tokyo, when a hijacking act is "about to be committed", to preserve the commander's control of the aircraft by all appropriate measures, has now been repeated, rather thoughtlessly, in Article 9 (1) The Hague. As far as I have been able to verify the genesis of that provision, it stems from a stage when it was still thought necessary to prevent last minute attacks on an aircraft just before the take-off and to oblige the State of the airfield to watch it. When the "in flight" formula was adopted, the obligation lost its original function to a certain extent. Now that the provision has reappeared at The Hague, it can reasonably only mean two things: the "Contracting States" are obliged, if they are the State of take-off or the State of landing, to see to it that no attacks are made on the aircraft on that particular occasion. or, if they are the State of registration of the aircraft, to put armed guards on board. However, such an injunction, certainly one of the most "appropriate measures" imaginable, can hardly be considered as tacitly intended by the "Contracting Parties " when drafting their Convention.

Apart from the preceding remarks and turning now to the latest re-incarnation of Tokyo at The Hague, I must confess that the new text and its context are in some respects so involved that I feel unable to make head or tail of it. The basic principles are doubtless sound. They amount to the following:

- (1) States are obliged to make hijacking punishable by a severe penalty. (Article 2).
- (2) In respect of this crime the "principle of universality" as

to penal prosecution is adopted in the sense that every state where the offender "is found" or "is present" (Articles 4 (2), 6, 7) assumes the obligation either (a) itself to proceed to his prosecution or (b) to extradite him (Article 7).

- (3) In order to render (a) possible, States are obliged if necessary to extend their normal criminal jurisdiction by municipal legislation (Article 4).
- (4) In order to render (b) possible, certain arrangements are agreed upon in the field of extradition.

However, the manner in which these basic principles are worked out does not strike me as very satisfactory. Thus, I would by far prefer a less devious way of formulating the alternative obligation Sub 2/infra: not in the formula "if not this, then that", but "obliged to this, or to that." But apart from that, how does the obligation to prosecute, if this action is taken, operate in actual practice under Article 7? "The Contracting State" is after all an abstraction; there must be human beings behind it, in casu the Government, presumably the Head of the Department of Justice. This Minister of Justice will be "obliged to submit the case to (the State's) competent authorities for the purpose of prosecution". Those "competent authorities" are as a rule the ministère public or the Public Prosecutor. Now, in many countries the normal course of procedure can be diverted by three complications:

- (i) The Government prefers after all that the prosecution be discontinued and instructs the *ministère public* in that sense;
- (ii) The *ministère public* itself decides not further to prosecute, but the Government orders them to go on;

(iii) Persons interested in the prosecution invoke the help of the judiciary to obtain from them an injunction to prosecute (other legal possibilities may obtain in other codes of criminal procedure.)

Article 7 absolutely prevents the Government acting as under (1): a "Contracting State" cannot at the same time be obliged to cause the offender to be prosecuted and free to prohibit his further prosecution. The action under (iii) can only reinforce the obligation under Article 7. But what about (ii)? Can the "Contracting State" shelter its unwillingness to prosecute (e.g. for political reasons, or under the threat of blackmail on the side of the hijackers) behind the decision of its "competent authorities" to discontinue the prosecution? Estne in cauda (Article 7 (2)) venenum? Although the text of Article 7 (2) does not warrant its construction as an escape clause from the obligation to prosecute, observers at the Conference confided to me their suspicion that there were delegations whose avowed aim it was to reserve for the "Contracting States" sovereign freedom, in this respect, and that, notwithstanding the intercalation, at a very late moment during the Conference proceedings, of the words "without exception whatsoever" in Article 7 (1). What does this addition mean, e.g. with a view to the possible defences of the "political nature" of the hijacking act; "force majeure" caused by the taking of hostages or other forms of blackmail on the side of the offenders or their accomplices; humanitarian considerations, etc.? What is the real purport of Article 7? This must not remain an ambiguous provision. And the same applies to the case when extradition is chosen from the alternatives opened by Article 7. But the choice is difficult between the necessity of common action against a ruthless and dangerous crime and certain allowances to be made to desperate attempts to escape political oppression. I remain of the opinion that the first of these two considerations deserves priority. But again, I wonder what exactly is in this field the purport of Article 2 Tokyo.

Parallel doubts about the real tenor of the Convention of The Hague relate to the provisions concerning extradition in Article 8.

Article 8 (1) is clear and unambiguous (although, as an outsider, I must always suppress a feeling of surprise or revolt against the use of the word "extraditable" in this context, as if it were logically possible to extradite a crime!).

Article 8 (3) is equally clear, but for the concluding words: what ways of escape from the obligation to extradite do they open, and what becomes the legal position if one of these ways is in fact taken? Is it really intended to say that their prosecution by the requested State itself (under Article 7) is compulsory?

As to Article 8 (2) and 8 (4), I will not go into the question in how far these provisions reflect a certain doctrinal confusion, which has always struck me, between requirements rooted in (mandatory) international law and requirements which belong to the sphere of municipal legislation. I limit myself to stating that both the precondition of the existence of an extradition treaty between the requesting and the requested State and that of the perpetration of the crime in the former's territory are merely municipal preconditions without general validity under mandatory international law.

As concerns the locus delicti requirement (Article 8 (4), I wonder if it is not necessary also to refer to Article 4, paragraph 2? However, the text and the context are so involved that I do not see clearly. For example: the final words of Article 4 (2) seem to restrict the admissibility—or the obligatoriness?—of the offender's extradition to his surrender to

specified countries, but these countries (required to extend their criminal jurisdiction) are not necessarily identical with the countries which may claim his extradition under an extradition treaty, e.g. in their capacity of the offender's national State. All this, to my mind, leaves the question to what State the offender must—or may—be extradited extremely hazy.

The gravest doubts, however, concern Article 8 (2). The Netherlands Government had proposed a paragraph, laving down that the requested State must consider the Convention as the legal basis for extradition. However, at the eleventh hour-in fact in the morning of 16 December-the word "must" was replaced by the words "may at its option", a change which, as insiders told me, was the outcome of a lastminute deal between Latin American and Arab States. Now. what is the purport of this "option" clause? It is, from the standpoint of treaty interpretation, perfectly possible to construe the provision as follows: if the requested State does not "opt" for "considering the Convention as the legal basis for extradition in respect of the offence", then it must take the other course open to it in order to fulfil its treaty obligation to extradite, viz. by proceeding to amend its municipal law, if necessary its Constitution, or its national case law, in order thus to create the necessary "legal basis" for extradition. But I am not naive enough to believe that this is the real intention of the deal; the change was obviously intended to offer another way of escape from the obligation to extradite, on top of the concluding words of Article 8 (2).

A last, technical query relates to Article 4, paragraphs 1 and 3 combined. I am not sufficiently well informed to be able to say whether there are States which are so devoted to the principle of territoriality in the field of criminal prosecution that their law contains no provision concerning penal jurisdiction ratione civitatis of the offender. Should this be the

case, then it is, in my opinion, not sufficient to state in paragraph 3 that the Convention "does not exclude etc."—presumably inclusive of a municipal provision authorising the prosecution of an offender on the ground of his nationality, even if he committed his crime abroad—but it would be necessary to insert an additional clause requiring, if necessary, the extension of jurisdiction also to the case of an offence, being committed by a national outside the territory.

In conclusion, I am in some doubt about how to act, if the above doubts are found to be well-founded. I feel that our Institut must take sides on the most important problems and gaps, and I wonder if this will be possible without offering a rival text, at least to the most ambiguous articles of Tokyo and The Hague. It might even be a case which calls for further oral discussion.

J. H. W. Verziil.

# APPENDIX III.

# 1. THE HAGUE CONVENTION, 1970

# Convention for the suppression of unlawful seizure of aircraft

(The Hague, December 16, 1970).

## PREAMBLE

The States parties to this Convention

considering that unlawful acts of seizure or exercise of control of aircraft in flight jeopardize the safety of persons and property, seriously affect the operation of air services, and undermine the confidence of the peoples of the world in the safety of civil aviation:

considering that the occurrence of such acts is a matter of grave concern:

considering that, for the purpose of deterring such acts, there is an urgent need to provide appropriate measures for punishment of offenders:

have agreed as follows:

## Article I

Any person who on board an aircraft in flight:

- (a) unlawfully, by force or threat thereof, or by any other form of intimidation, seizes, or exercises control of, that aircraft, or attempts to perform any such act, or
- (b) is an accomplice of a person who perfoms or attempts to perform any such act

commits an offence (hereinafter referred to as "the offence").

Each Contracting State undertakes to make the offence punishable by severe penalties.

#### Article 3

- 1. For the purposes of this Convention, an aircraft is considered to be in flight at any time from the moment when all its external doors are closed following embarkation until the moment when any such door is opened for disembarkation. In the case of a forced landing, the flight shall be deemed to continue until the competent authorities take over the responsibility for the aircraft and for persons and property on board.
- 2. This Convention shall not apply to aircraft used in military, customs or police services.
- 3. This Convention shall apply only if the place of take-off or the place of actual landing of the aircraft on board which the offence is committed is situated outside the territory of the State of registration of that aircraft; it shall be immaterial whether the aircraft is engaged in an international or domestic flight.
- 4. In the cases mentioned in Article 5, this Convention shall not apply if the place of take-off and the place of actual landing of the aircraft on board which the offence is committed are situated within the territory of the same State where that State is one of those referred to in that Article.
- 5. Notwithstanding paragraphs 3 and 4 of this Article, Articles 6, 7, 8 and 10 shall apply whatever the place of take-off or the place of actual landing of the aircraft, if the offender or the alleged offender is found in the territory of a State other than the State of registration of that aircraft.

#### Article 4

1. Each Contracting State shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offence and any

other act of violence against passengers or crew committed by the alleged offender in connection with the offence, in the following cases:

- (a) when the offence is committed on board an aircraft registered in that State:
- (b) when the aircraft on board which the offence is committed lands in its territory with the alleged offender still on board:
- (c) when the offence is committed on board an aircraft leased without crew to a lessee who has his principal place of business or, if the lessee has no such place of business, his permanent residence in that State.
- 2. Each Contracting State shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offence in the case where the alleged offender is present in its territory and it does not extradite him pursuant to Article 8 to any of the States mentioned in paragraph 1 of this Article.
- 3. This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with national law.

# Article 5

The Contracting States which establish joint air transport operating organizations or international operating agencies, which operate aircraft which are subject to joint or international registration shall, by appropriate means, designate for each aircraft the State among them which shall exercise the jurisdiction and have the attributes of the State of registration for the purpose of this Convention and shall give notice thereof to the International Civil Aviation Organization which shall communicate the notice to all States Parties to this Convention.

## Article 6

1. Upon being satisfied that the circumstances so warrant, any Contracting State in the territory of which the offender or the

alleged offender is present, shall take him into custody or take other measures to ensure his presence. The custody and other measures shall be as provided in the law of that State but may only be continued for such time as is necessary to enable any criminal or extradition proceedings to be instituted.

- 2. Such State shall immediately make a preliminary enquiry into the facts.
- 3. Any person in custody pursuant to paragraph 1 of this Article shall be assisted in communicating immediately with the nearest appropriate representative of the State of which he is a national.
- 4. When a State, pursuant to this Article, has taken a person into custody, it shall immediately notify the State of registration of the aircraft, the State mentioned in Article 4, paragraph 1 (c), the State of nationality of the detained person and, if it considers it advisable, any other interested States of the fact that such person is in custody and of the circumstances which warrant his detention. The State which makes the preliminary enquiry contemplated in paragraph 2 of this Article shall promptly report its findings to the said States and shall indicate whether it intends to exercise jurisdiction.

# Article 7

The Contracting State in the territory of which the alleged offender is found shall, if it does not extradite him, be obliged, without exception whatsoever and whether or not the offence was committed in its territory, to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.

Those authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State.

## Article 8

1. The offence shall be deemed to be included as an extraditable offence in any extradition treaty existing between Contracting

States. Contracting States undertake to include the offence as an extraditable offence in every extradition treaty to be concluded between them.

- 2. If a Contracting State which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another Contracting State with which it has no extradition treaty, it may at its option consider this Convention as the legal basis for extradition in respect of the offence. Extradition shall be subject to the other conditions provided by the law of the requested State.
- 3. Contracting States which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize the offence as an extraditable offence between themselves subject to the conditions provided by the law of the requested State.
- 4. The offence shall be treated, for the purpose of extradition between Contracting States, as if it had been committed not only in the place in which it occurred but also in the territories of the States required to establish their jurisdiction in accordance with Article 4, paragraph 1.

#### Article 9

- 1. When any of the acts mentioned in Article 1 (a) has occurred or is about to occur, Contracting States shall take all appropriate measures to restore control of the aircraft to its lawful commander or to preserve his control of the aircraft.
- 2. In the cases contemplated by the preceding paragraph, any Contracting State in which the aircraft or its passengers or crew are present shall facilitate the continuation of the journey of the passengers and crew as soon as practicable, and shall without delay return the aircraft and its cargo to the persons lawfully entitled to possession.

#### Article 10

1. Contracting States shall afford one another the greatest measure of assistance in connection with criminal proceedings brought

in respect of the offence and other acts mentioned in Article 4. The law of the State requested shall apply in all cases.

2. The provisions of paragraph 1 of this Article shall not affect obligations under any other treaty, bilateral or multilateral, which governs or will govern, in whole or in part, mutual assistance in criminal matters.

#### Article 11

Each Contracting State shall in accordance with its national law report to the Council of the International Civil Aviation Organization as promptly as possible any relevant information in its possession concerning:

- (a) the circumstances of the offence;
- (b) the action taken pursuant to Article 9;
- (c) the measures taken in relation to the offender or the alleged offender, and, in particular, the results of any extradition proceedings or other legal proceedings.

#### Article 12

- 1. Any dispute between two or more Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which cannot be settled through negotiation, shall, at the request of one of them be submitted to arbitration. If within six months from the date of the request for arbitration the Parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any one of those Parties may refer the dispute to the International Court of Justice by request in conformity with the Statute of the Court.
- · 2. Each State may at the time of signature or ratification of this Convention or accession thereto, declare that it does not consider itself bound by the preceding paragraph. The other Contracting States shall not be bound by the preceding paragraph with respect to any Contracting State having made such a reservation.
- 3. Any Contracting State having made a reservation in accordance with the preceding paragraph may at any time withdraw this reservation by notification to the Depositary Governments.

- 1. This Convention shall be open for signature at The Hague on 16 December 1970, by States participating in the International Conference on Air Law held at The Hague from 1 to 16 December 1970 (hereinafter referred to as The Hague Conference). After 31 December 1970, the Convention shall be open to all States for signature in Moscow, London and Washington. Any State which does not sign this Convention before its entry into force in accordance with paragraph 3 of this Article may accede to it at any time.
- 2. This Convention shall be subject to ratification by the signatory States. Instruments of ratification and instruments of accession shall be deposited with the Governments of the Union of Soviet Socialist Republics, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the United States of America, which are hereby designated the Depositary Governments.
- 3. This Convention shall enter into force thirty days following the date of the deposit of instruments of ratification by ten States signatory to this Convention which participated in The Hague Conference.
- 4. For other States, this Convention shall enter into force on the date of entry into force of this Convention in accordance with paragraph 3 of this Article, or thirty days following the date of deposit of their instruments of ratification or accession, whichever is later.
- 5. The Depositary Governments shall promptly inform all signatory and acceding States of the date of each signature, the date of deposit of each instrument of ratification or accession, the date of entry into force of this Convention, and other notices.
- 6. As soon as this Convention comes into force, it shall be registered by the Depositary Governments pursuant to Article 102 of the Charter of the United Nations and pursuant to Article 83 of the Convention on International Civil Aviation (Chicago, 1944).

- 1. Any Contracting State may denounce this Convention by written notification to the Depositary Governments.
- 2. Denunciation shall take effect six months following the date on which notification is received by the Depositary Governments.

In witness whereof the undersigned Plenipotentiaries, being duly authorised thereto by their Governments, have signed this Convention.

Done at The Hague, this sixteenth day of December, one thousand nine hundred and seventy, in three originals, each being drawn up in four authentic texts in the English, French, Russian and Spanish languages.

#### 2. ICAO. LEGAL COMMITTEE

Draft Convention on Acts of unlawful interference against International Civil Aviation (other than those covered by the Draft Convention on unlawful seizure of aircraft)

Doc. 8910 LC/163. Part II, Annex (October 22, 1970)

## Article 1

A person commits an offence who unlawfully:

- (1) intentionally commits an armed attack against the life of a person on board an aircraft in flight; or
- (2) intentionally destroys or seriously damages an aircraft in service; or
- (3) intentionally damages an aircraft in service with the result of endangering its safety in flight; or
- (4) intentionally destroys or damages air navigation facilities with the result of endangering the safety of aircraft in flight; or
- (5) intentionally commits an act of interference with the operation of aeronautical communications with the result of endangering the safety of aircraft in flight; or
- (6) intentionally places on an aircraft by mail or despatching of cargo or any other means whatsoever a device or substance likely to destroy or scriously damage the aircraft in service or endanger its safety in flight; or
- (7) commits any other act or omission with the intention of endangering the safety of aircraft in flight; or
- (8) attempts or conspires to commit any of the above acts or omissions: or
- (9) is an accomplice of a person who commits or attempts to commit any of the above acts or omissions.

- (a) For the purposes of this Convention, an aircraft shall be deemed to be "in service" from the moment of the beginning of its pre-flight handling until final parking at its ultimate destination in its home country.
  - (b) Without prejudice to paragraph 1 (a), where any person has unlawfully seized or exercised control of an aircraft in flight, that aircraft shall be deemed to be in service for the entire period of unlawful seizure or exercise of control.
- 2. For the purposes of this Convention an aircraft shall be considered to be in flight at any time from the moment when its external doors are closed following embarkation until the moment when any such door is opened for disembarkation.

# Article 3

Each Contracting State undertakes to make the offences in Article 1 punishable by severe penalties.

# Article 4

This Convention shall not apply to aircraft used in military, customs or police services.

## Article 5

- 1. Each Contracting State shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences in Article 1 in the following cases:
  - (a) when any such offence has been committed in the territory of that State;
  - (b) when any such offence has been committed on board an aircraft registered in that State or against such an aircraft:

- (c) when the effect of any such offence has occurred in the territory of that State.
- 2. Each Contracting State [shall] [may] take the necessary measures to establish its jurisdiction over the offences in Article 1 when such offences are committed on board an aircraft operated by a carrier who has his head office in that State, even though the aircraft may not be owned by the carrier.
- 3. This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with national law.

- 1. Upon being satisfied that the circumstances so warrant, any Contracting State in the territory of which the alleged offender is present, shall take him into custody or take other measures to ensure his presence. The custody and other measures shall be as provided in the law of that State but may only be continued for such time as is reasonably necessary to enable any criminal or extradition proceedings to be instituted.
- 2. Such State shall immediately make a preliminary enquiry into the facts.
- 3. Any person in custody pursuant to paragraph 1 shall be assisted in communicating immediately with the nearest appropriate representative of the State of which he is a national.
- 4. When a State, pursuant to this Article, has taken a person into custody, it shall immediately notify the State of registration of the aircraft and the State of nationality of the detained person and, if it considers it advisable, any other interested States of the fact that such person is in custody and of the circumstances which warrant his detention. The State which makes the preliminary enquiry contemplated in paragraph 2 of this Article shall promptly report its findings to the said States and shall indicate whether it intends to exercise jurisdiction.

The Contracting State which has taken measures pursuant to Article 6, paragraph 1, shall, if it does not extradite the alleged offender, be obliged to submit the case to its competent authorities for their decision whether to prosecute him. These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of other offences.

# Article 8

- 1. The offence shall be deemed to be included as an extraditable offence in any extradition treaty existing between Contracting States. Contracting States undertake to include the offence as an extraditable offence in every extradition treaty to be concluded between them.
- 2. The Contracting States which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize the offence as an extraditable offence between themselves subject to the conditions established by the law of the State requested to extradite.
- 3. The offence shall be treated, for the purpose of extradition between Contracting States, as if it had been committed not only in the place in which it occurred but also in the territory of any of the States which are bound to establish their jurisdiction over the offence in accordance with Article 5 of this Convention.

## Article 9

The Contracting States which establish joint air transport operating organizations or international operating agencies, which operate aircraft which are subject to joint or international registration shall, by appropriate means, designate for each aircraft the State among them which shall exercise the jurisdiction and have the attributes of the State of registration for the purposes of this Convention and shall give notice thereof to the International Civil Aviation Organization which shall communicate the notice to all States Parties to this Convention.

When, due to the commission of an offence in Article 1, a flight has been delayed or interrupted, the Contracting States in whose territory the aircraft or passengers or crew are located:

- (a) shall take all appropriate measures to restore control of the aircraft to its lawful commander or to preserve his control of the aircraft;
- (b) shall permit the passengers and crew to continue their journey as soon as practicable, and shall return the aircraft and its cargo to the persons lawfully entitled to possession.

## Article 11

Contracting States shall, in accordance with the applicable law, afford one another the greatest measure of assistance in connection with proceedings brought in respect of the offences in Article 1.

# Article 12

When an offence in Article 1 has been or is about to be committed, the competent authorities of the Contracting States shall, in accordance with the applicable law, furnish any relevant information in their possession to the other States concerned.

## Article 13

Upon request of the Council of the International Civil Aviation Organization, each Contracting State shall report to that Organization as rapidly as possible any relevant information in its possession concerning:

- (a) the circumstances of any offence in Article 1;
- (b) the action taken pursuant to Article 10;
- (c) the measures taken in relation to the alleged offender, and, in particular, the result of any extradition proceedings or other legal proceedings.

# 3. ICAO. LEGAL COMMITTEE

# Working Paper presented by the United States delegation

Draft Convention on Sanctions.

(A Convention regarding the Safety and Security of International
Civil Air Transport Services.)

(LC/Working Draft No. 776, October 9, 1970.)

## The Parties to this Convention

Recalling that the Contracting States to the Convention on International Civil Aviation (the Chicago Convention) have obligated themselves to ensure the safe and orderly growth of international civil aviation throughout the world;

Noting the Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft (the Tokyo Convention), the Convention on the Unlawful Seizure of Aircraft (the Unlawful Seizure Convention) and the Convention on the Unlawful Interference with Aircraft (the Unlawful Interference Convention):

Finding that a heightened threat to the safety and security of all international civil air transport exists as a result of acts of unlawful seizure of aircraft involving the detention of passengers, crew and aircraft, contrary to the principles of Article 11 of the Tokyo Convention, for international blackmail purposes, and the destruction of such aircraft;

Finding further that the failure of any State to take into custody and thereafter to extradite or prosecute, contrary to the principles of the Unlawful Seizure Convention or the Unlawful Interference Convention, any person who commits an act of

unlawful seizure for international blackmail purposes or any person who commits an act of unlawful interference with an aircraft which results in damage to the aircraft, or death or physical injury to passengers or crew, encourages similar unlawful acts and endangers the safety and security of all international civil air transport; and

Concluding that the threat of unlawful acts of seizure and interference with civil aviation is worldwide and that consultations among States and joint action by States is required to prevent such acts and secure the safety and security of passengers, crew and aircraft;

Have agreed as follows:

#### Article 1

#### **Definitions**

For purposes of this Convention:

- (a) the term "interested State" shall mean-
  - (i) in the event of an unlawful seizure of a civil aircraft, the State of registration of the aircraft and any State whose nationals are on board such aircraft; and
  - (ii) in the event of an unlawful interference with a civil aircraft, the State of registration of such aircraft, the State within the jurisdiction of which such unlawful interference took place, and, any State whose nationals are on board such aircraft; and
- (b) the term "air service State" shall mean any State operating scheduled or (significant non-scheduled) international civil air service to or from a State alleged or determined to be in default under Article 2 or 3 of this Convention,

whether or not such State is a party to this Convention.

## Determination of Detention

- A. Whenever an interested State has reason to believe that an unlawful seizure of a civil aircraft has occurred and that such aircraft, its passengers or crew are being detained, contrary to the principles of Article 11 of the Tokyo Convention, within the territory of another State for international blackmail purposes, it may—
- (1) notify such other State of the reasons for its belief and that it will request consultations for the purpose of obtaining a determination of its allegations in this regard unless all passengers and crew have been permitted to continue on their journey and the aircraft returned to the person lawfully entitled to its possession within twenty-four hours; and
- (2) notify all States which it believes are interested States or air service States of its notification given pursuant to subparagraph (1) of this Article and that it requests consultations pursuant to this Convention for the purpose of obtaining a determination of its allegations.
- B. Consultation shall be held at (place) and shall begin not earlier than twenty-four hours and not later than seventy-two hours following the notice given pursuant to subparagraph A(2) of this Article.
- C. All interested States and air service States shall be entitled to participate and vote in consultations requested pursuant to this Article 2. A finding that all passengers and crew have not been permitted to continue on their journey or that the aircraft has not been returned to the person lawfully entitled to its possession shall be made by majority vote of the States voting, unless two-third majority of the States voting decide otherwise. Such a finding shall be considered to establish unlawful detention for international blackmail purposes contrary to the provisions of Article 11 of the Tokyo Convention (i.e., a determination of default).

# Determination Relating to Custody, Extradition or Prosecution

- A. Whenever an interested State has reason to believe that a person who has committed either (a) an unlawful seizure of a civil aircraft for international blackmail purposes or (b) an unlawful interference with a civil aircraft that resulted in damage to the aircraft or death or physical injury to a passenger or member of the crew is within the territory of another State, and that such other State has failed (i) to take such person into immediate custody in accordance with the principles of the unlawful seizure convention or the unlawful interference convention or (ii) thereafter to extradite or prosecute such person in accordance with the principles of such conventions, it may—
- notify such other State that it is requesting a determination, pursuant to this Convention, of its allegations in this regard:
- (2) in accordance with the attached Annex to this Convention, request the President of the International Court of Justice to establish a five-member inquiry commission to reach findings and conclusions with respect to the allegation; and
- (3) notify all States which it believes are interested States or air service States of its request for the establishment of an inquiry commission.
- B. The findings and conclusions of the inquiry commission shall be final for purposes of Article 4 of this Convention.

#### Article 4

# Decisions on Joint Action

A. In the event of a determination of default pursuant to Article 2, States participating in consultations shall decide as soon as possible thereafter in accordance with this Article what joint ac-

tion, if any, should be taken in furtherance of the safety and security of international air service.

- B. In the event the findings and conclusions of the inquiry commission determine a default of a State pursuant to Article 3, then any interested State or air service State may give notice to other such States that it requests consultations to decide what joint action, if any, should be taken. Consultations shall begin at (place) within ten days after such notice is given. All interested States and air service States shall be entitled to participate in such consultations.
  - C. Joint action taken pursuant to this Article may include:
- the suspension by all air service States of authority for any carrier to operate international civil air service directly or indirectly to and from the State determined to be in default; and
- (2) such other measures to be taken by interested States or air service States that are intended to assure the safety and security of international civil air service to and from the State determined to be in default.
- D. Each air service State shall be entitled to participate in and vote on decisions whether to take joint action referred to in sub-paragraph C(1) of this Article, and each air service State and each interested State shall be entitled to participate in and vote on decisions referred to in subparagraph C(2) of this Article.
- E. No air service State shall be required to participate in joint action referred to in subparagraph C(1) of this Article unless a majority of air service States present and voting agree that a particular joint action referred to therein is appropriate; and no interested State or air service State shall be required to participate in joint action referred to in subparagraph C(2) of this Article unless a majority of such States present and voting agree that a particular joint action referred to therein is appropriate.

F. A decision to take joint action made pursuant to subparagraph C(1) of this Article 4 shall be binding on all air service States, and a decision to take joint action made pursuant to subparagraph C(2) of this Article shall be binding on all air service States and interested States whether or not such a State actually participated in or voted in favour of the joint action, except that such decisions shall be recommendatory with respect to any interested State or air service State that is not a party to this Convention.

## Article 5

# Modification, Suspension or Termination

- A. In the event of a decision to take joint action pursuant to Article 4, the State found in default may request consultations for the purpose of modification, suspension or termination of the joint action on the grounds that such action is no longer appropriate or necessary.
- B. The States entitled to participate in consultations shall meet at (place) as soon as practicable and shall decide whether the joint action should be modified, suspended or terminated. Participation and voting during such consultations shall be determined as provided in Article 4.

# Article 6

#### General Provisions

- A. A State which is entitled to participate in consultations at the time of the original request for consultations under Article 2, may continue to participate and vote even though the basis for its participation has ceased to exist (such as the release of its nationals from detention).
- B. Copies of notices, determinations, findings or decisions made pursuant to this Convention shall be transmitted to all States parties to the Chicago Convention.

- C. The failure of one or more interested State or air service State to participate in consultations shall not affect the validity of any determinations or decisions made pursuant to this Convention.
- D. A State alleged to be in default may participate in consultations and vote in determinations made under Article 2. A State determined to be in default may submit appropriate documentation and make an oral statement to the States participating in consultations, but shall not be entitled to participate in any deliberation or vote, pursuant to Articles 4 or 5 of this Convention.

# Other International Agreements

Suspension of authority for any carrier to operate international civil air transport services by any air service State pursuant to a decision calling for joint action under Article 4, or any other joint measures taken by interested States or air service States in accordance with a decision made under Article 4, shall be considered consistent with the object and purpose of the obligations of States parties to the Chicago Convention and shall not be considered inconsistent with any bilateral air transport agreement existing between States parties to the Chicago Convention. Contracting States undertake not to include any provisions inconsistent with the obligations of this Convention in any bilateral air transport agreement to be concluded by them.

#### Article 8

#### Judicial or Arbitral Review

(To be based on Article 24 of Tokyo Convention)

#### Final Clauses

(To be discussed after agreement other articles)

# ANNEX TO DRAFT CONVENTION

- A. Each State party to this Convention may nominate an expert to serve on an inquiry commission. The name of such expert shall be forwarded to the President of the International Court of Justice.
- B. Upon request of an interested State, the President of the International Court of Justice shall immediately nominate five experts from the list nominated by States to serve on the inquiry commission. If the President is prevented from acting or is a national of the State requesting establishment of the commission or the State against which allegations are brought, the Vice President shall make the nominations. If the latter is prevented from acting or is a national of one of such States, the nominations shall be made by the oldest member of the Court who is not a national of such State. If practicable, one member of the inquiry commission shall be a national of the State alleged to be in default, a second member shall be a national of an interested State or an air service State, and three members one of whom shall serve as Chairman, shall be nationals of States not entitled to participate in the consultations under this Convention.
- C. The inquiry commission shall set its own rules of procedure. Its findings of facts and conclusions shall be made within thirty days of its establishment, or as soon thereafter as is practicable.
- D. The expenses of the inquiry commission shall be borne equally by States participating in consultations pursuant to Article 4.

# 4. INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION: COUNCIL GUIDELINES FOR EIGHTEENTH SESSION OF ICAO LEGAL COMMITTEE

(a). First resolution adopted by the Council on 1 October 1970 (LXXI-6)

The Council,

Finding that a heightened threat to the safety and security of international civil air transport exists as a result of acts of unlawful seizure of aircraft involving the detention of passengers, crew and aircraft contrary to the principles of Article 11 of the Tokyo Convention, for international blackmail purposes, and the destruction of such aircraft:

Recognizing that Contracting States to the Convention on International Civil Aviation have obligated themselves to ensure the safe and orderly growth of international civil aviation throughout the world;

Calls upon Contracting States, in order to ensure the safety and security of international civil air transport, upon request of a Contracting State to consult together immediately with a view to deciding what joint action should be undertaken, in accordance with international law, without excluding measures such as the suspension of international civil air transport services to and from any State which after the unlawful seizure of an aircraft, detains passengers, crew or aircraft contrary to the principles of Article 11 of the Tokyo Convention, for international blackmail purposes, or any State which, contrary to the principles of Articles 7 and 8 of the Draft Convention on Unlawful Seizure of Aircraft, fails to extradite or prosecute persons committing acts of unlawful seizure for international blackmail purposes;

Directs the Legal Committee to consider during its Eighteenth Session, if necessary by extension of the session, an international convention or other international instruments:

- to give effect to the purposes set out in the preceding paragraph;
- ii) to provide for joint action by States to take such measures as may be appropriate in other cases of unlawful seizure; and
- iii) to provide for amendment of bilateral air transport agreements of contracting parties to remove all doubt concerning the authority to join in taking such action against any State.

# (b) Second resolution adopted by the Council on 1 October 1970 (LXXI-6)

#### The Council

Recalling Assembly Resolution A16-37 on the subject of unlawful seizure of aircraft;

Further recalling Assembly Resolution A17-23 concerning the "Paper on the linking of bilateral air agreements to ICAO international conventions relating to unlawful interference with civil aviation";

Noting that the Tokyo Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft came into force on 4 December 1969:

Noting that a Diplomatic Conference has been convened in The Hague, 1-16 December 1970 to consider the adoption of a Convention on Unlawful Seizure of Aircraft:

Further noting that the 18th Session of the Legal Committee has been directed to draft a convention on acts of unlawful interference against international civil aviation (other than those covered by the draft Convention on Unlawful Seizure of Aircraft);

Conscious that the framework of scheduled international civil air transport is based on bilateral air agreements between States;

# Directs the Legal Committee, at its 18th Session:

- (1) to consider whether a Special Clause could be elaborated providing for the enforcement of international legal obligations relating to unlawful interference with international civil aviation which could be:
  - (a) specifically incorporated in future bilateral air agreements between Member States; and
  - (b) inserted in existing bilateral air agreements at an appropriate time; and
- (2) to transmit the text of any Special Clause that may be elaborated, together with its report on the relevant discussions, to the ICAO Council at the earliest possible date, so that the Council may consider what recommendations to make to Member States with regard to the Clause.

#### 5. UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL.

Resolution on hijacking of aircraft and any other interference in international travel.

# **RESOLUTION 286 (1970)**

Adopted by the Security Council at its 1552nd Meeting, on 9 September 1970.

# The Security Council,

gravely concerned at the threat to innocent civilian lives from the hijacking of aircraft and any other interference in international travel.

appeals to all parties concerned for the immediate release of all passengers and crews without exception, held as a result of hijackings and other interference in international travel,

calls on States to take all possible legal steps to prevent further hijackings or any other interference with international civil air travel.

#### 6. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY

Resolution on Aerial Hijacking or interference with civil air travel (Resolution 2645 (XXV), November 30, 1970.)

# RESOLUTION ADOPTED BY THE GENERAL ASSEMBLY

[on the report of the Sixth Committee (A/8176)]
2645 (XXV). Aerial hijacking
or interference with civil air travel

The General Assembly,

Recognizing that international civil aviation is a vital link in the promotion and preservation of friendly relations among States and that its safe and orderly functioning is in the interest of all peoples,

Gravely concerned over acts of aerial hijacking or other wrongful interference with civil air travel,

Recognizing that such acts jeopardize the lives and safety of the passengers and crew and constitute a violation of their human rights,

Aware that international civil aviation can only function properly in conditions guaranteeing the safety of its operations and the due exercise of the freedom of air travel,

Endorsing the solemn declaration <sup>1</sup> of the extraordinary session of the Assembly of the International Civil Aviation Organization held at Montreal from 16 to 30 June 1970,

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> International Civil Aviation Organization, Resolutions adopted by the Assembly, Seventeenth Session (Extraordinary) (Montreal, 1970) Resolution A 17-1.

Bearing in mind General Assembly resolution 2551 (XXIV) of 12 December 1969, and Security Council resolution 286 (1970) of 9 September 1970 adopted by consensus at the 1552nd meeting of the Council,

- 1. Condemns, without exception whatsoever, all acts of aerial hijacking or other interference with civil air travel, whether originally national or international, through the threat or use of force, and all acts of violence which may be directed against passengers, crew and aircraft engaged in, and air navigation facilities and aeronautical communications used by, civil air transport;
- 2. Calls upon States to take all appropriate measures to deter, prevent or suppress such acts within their jurisdiction, at every stage of the execution of those acts, and to provide for the prosecution and punishment of persons who perpetrate such acts, in a manner commensurate with the gravity of those crimes, or, without prejudice to the rights and obligations of States under existing international instruments relating to the matter, for the extradition of such persons for the purpose of their prosecution and punishment:
- 3. Declares that the exploitation of unlawful seizure of aircraft for the purpose of taking hostages is to be condemned;
- 4. Declares further that the unlawful detention of passengers and crew in transit or otherwise engaged in civil air travel is to be condemned as another form of wrongful interference with free and uninterrupted air travel;
- 5. Urges States to the territory of which a hijacked aircraft is diverted to provide for the care and safety of its passengers and crew and to enable them to continue their journey as soon as practicable and to return the aircraft and its cargo to the persons lawfully entitled to possession;
- 6. Invites States to ratify or accede to the Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft

signed at Tokyo on 14 September 1963,<sup>1</sup> in conformity with the Convention:

- 7. Requests concerted action on the part of States, in accordance with the Charter of the United Nations, towards suppressing all acts which jeopardize the safe and orderly development of international civil air transport;
- 8. Calls upon States to take joint and separate action, in accordance with the Charter, in co-operation with the United Nations and the International Civil Aviation Organization to ensure that passengers, crew and aircraft engaged in civil aviation are not used as a means of extorting advantage of any kind;
- 9. Urges full support for the current efforts of the International Civil Aviation Organization towards the development and co-ordination, in accordance with its competence, of effective measures in respect of interference with civil air travel;
- 10. Calls upon States to make every possible effort to achieve a successful result at the diplomatic conference to convene at The Hague in December 1970 for the purpose of the adoption of a convention on the unlawful seizure of aircraft, so that an effective convention may be brought into force at an early date.

1914th plenary meeting, 25 November 1970.

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> United Nations, Treaty Series, vol. 704 (1969), No 10106.

# 7. COUNCIL OF EUROPE. CONSULTATIVE ASSEMBLY

Resolution 450 (1970) on air piracy. (Text adopted by the Assembly on September 18, 1970.) (10th sitting)

## The Assembly,

- 1. Expressing indignation at the acts of terrorism and vandalism committed by some Palestinian organisations, adding to the already long list of attacks and other acts of sabotage directed against civil aircraft on the ground and in flight;
- 2. Recognising that these acts of hijacking, sabotage, taking of hostages and black-mailing of governments are occurring and increasing only because the terrorists and their organisations are able to use the territory of certain Arab States as a refuge, a training ground and a base for action;
- 3. Condemning this particularly despicable form of so-called political action as a flagrant violation of human rights, infringing the freedom of air travel—a common right of all—and a crime against humanity endangering the lives of innocent people;
- 4. Calling upon all governments to do their utmost to secure the immediate and simultaneous release of all hostages still held, irrespective of nationality and religion,
- 5. Appeals to all governments to demonstrate their determination to secure the conclusion of a convention on unlawful seizure of aircraft which will provide for severe punishment of hijackers and black-mailers, and to take sanctions against States which become accomplices to these criminal acts.

# 8. COUNCIL OF EUROPE. CONSULTATIVE ASSEMBLY

Recommendation 613 (1970) on air safety and unlawful seizure of aircraft. (Text adopted by the Assembly on September 24, 1970).

(18th sitting)

The Assembly,

- 1. Recalling its Recommendation 599 (1970) on air piracy adopted on 18 April 1970;
- 2. Welcoming Resolution (70) 23 of the Committee of Ministers, adopted on 29 June 1970), by which Council of Europe member States have been invited to take action against air piracy;
- 3. Deploring that the epidemic of terrorism in the air continues unabated, and that Western European States have become, to an alarming extent, the victims of such activities;
- 4. Noting that acts of air piracy are more and more the result of well-prepared concerted terrorism, and that States are now exposed to the ruthless violence of highly trained and fanatical groups of terrorists;
- 5. Considering that, over and above the crime of air piracy, these terrorists perform even more criminal acts, such as blackmailing governments and keeping passengers as hostages;
- 6. Deeply concerned by the fact that as a result of this rapidly deteriorating situation, criminals who, for acts of piracy, had been condemned to long-term imprisonment by due legal process have already been released by Greece, and that other air pirates are likely to be released by Switzerland, the Federal Republic of Germany and the United Kingdom;
- 7. Convinced that governments which face such blackmail are aware of the full implications of the precedents thus established which are likely to lead to an ever increasing breakdown in the rule of law:

- 8. Noting that organised air terrorism originates in the territory of a small number of States, and that those who are responsible for it seem to enjoy moral and financial support, and even arms supplies from the authorities of certain States.
  - 9. Recommends that the Committee of Ministers:
  - I. Adopt a resolution:
- (a) calling on all nations to take immediate and energetic steps to stamp out hijacking and blackmailing of governments with hostages;
- (b) inviting the United Nations General Assembly to condemn strongly the crime of air piracy, and to request in particular all the Middle East States and regional organisations such as the Arab League, the Organisation of African Unity and the Organisation of American States to condemn unreservedly all acts of unlawful interference with civil aircraft, as the Council of Europe has already done by Resolution (70) 23 of the Committee of Ministers and by Resolution 450 (1970) of the Consultative Assembly, and urging the Security Council to take the necessary steps to stamp out all acts of illegal interference with civil air traffic:
- (c) urging governments of member States to resist the destruction of law by organised terrorism, and to take energetic and concerted counter-measures against unlawful pressure and blackmailing by terrorists and against States which tolerate such terrorism;
- (d) urging member States to introduce and maintain stricter measures of prevention and control of air travellers and luggage at airports;
- (e) inviting member States to reinforce security measures on board aircraft to protect them against hijacking and, more particularly, to consider placing armed guards on board to intervene in case of attack:

II. Establish by common agreement sanctions in the field of civil aviation such as boycotting airports or air companies and refusing landing rights to the airlines operated from States on whose territory organised terrorism in the air or hijacking is tolerated or which have refused either to extradite or severely punish offenders;

III. Invite governments of member States attending the Diplomatic Conference which will be held in The Hague in December 1970 in order to conclude a Convention on unlawful seizure of aircraft:

- (a) to propose the inclusion in the Convention of severe measures for the punishment of blackmailers and ensuring that hijackers and terrorists released under duress should subsequently pay for their crimes and duly serve their legal sentence;
- (b) to sign and ratify the Convention, provided it is on the lines of the draft prepared by the International Civil Aviation Organisation, and to make it clear to all States in the world that adherence to that Convention and its application in the spirit of suppression and severe punishment of all acts of unlawful interference with civil aircraft is an indispensable condition of good international relations and of co-operation.

#### 9. INTER-AMERICAN JURIDICAL COMMITTEE.

Draft Convention on Terrorism and Kidnapping of Persons for purposes of Extortion. (Rio de Janeiro, September 26, 1970.)

In view of the increasing frequency and seriousness with which acts of terrorism are occurring in this hemisphere, especially the kidnapping of persons for purposes of extortion; and

# Considering:

That the General Assembly of the Organization, in Resolution 4 adopted at its first special session, held from June 25 through July 8, 1970, strongly condemned such acts and declared that they constitute serious common crimes characterized by flagrant violation of the most elemental principles of the security of the individual and community as well as offenses against the freedom and dignity of the individual; and

That it is advisable to establish general standards for international cooperation in the prevention and punishment of terrorism and especially of the kidnapping of persons, extortion, and other assaults against them, when such acts have international significance,

The governments of the member states of the Organization of American States

# Have agreed on the following:

Article 1. The contracting states undertake to cooperate mutually, by taking all the measures that they may consider effective, within their domestic legal systems, and particularly those that are set forth in this Convention, to prevent and apply punishment for acts of terrorism, especially the kidnapping of persons and extortion in connection with that crime, carried out within their respective territories, when such acts have international significance.

- Article 2. (First Alternative). Kidnapping or any other offense against the life, the person, or the freedom of a foreign diplomatic or consular agent who enjoys inviolability under international law, or a member of the family of such a person protected by that prerogative, constitutes a common crime of international significance, whatever the motive for which it was committed.
- Article 2. (Second Alternative). Kidnapping or any other offense against the life, the person, or the freedom of any person to whom the state has a duty to extend special protection in accordance with international law constitutes a common crime of international significance, whatever the motive for which it was committed.
- Article 3. The acts of terrorism to which this Convention refers, including the kidnapping of persons for purposes of extortion, do not constitute political offenses or common crimes connected with political offenses. Such acts shall be considered to have international significance in any of the following cases:
- (a) When the act is committed in the territory of a contracting state and is directed against a person or persons within the territory of another contracting state;
- (b) When the person or persons indicted or sentenced for such an act, perpetrated in the territory of one of the contracting states, are found within the territory of another contracting state.
- Article 4. For the purposes of this Convention, an act shall be considered an act of terrorism when it is defined or expressly classified as such by the law of the state in whose territory the act was committed and by the law of the state in whose territory the person who has been indicted or sentenced for that act is located.

If the legislation of any of the contracting states does not contain the definition or classification referred to in the preceding paragraph, for the purposes of this Convention, and regardless of the legal terminology the national laws may use to describe them, the following shall be considered to be acts of terrorism: those that produce terror or intimidation among the inhabitants of a

state or sector of the inhabitants thereof and create a common threat to the life, health, physical integrity, or freedom of persons by the employment of a method or device that by its nature can cause, or does cause, great damage, a serious disturbance of public order, or a public calamity, or by the taking over, the violent seizure, or the wrecking of a ship, aircraft, or other means of collective transport.

- Article 5. Persons who take part in the conception, preparation, or execution of the criminal acts mentioned in this Convention shall not be protected by territorial or diplomatic asylum and shall be subject to extradition. In every case, the determination in this regard is to be made by the state under whose jurisdiction or protection such persons are located.
- Article 6. The contracting states undertake to deliver to each other reciprocally, in accordance with the procedures established by the extradition treaties in force, or in their absence in conformity with the requirements set forth in their respective laws, the persons who are in their territory and whose extradition is requested because of their being tried for or their having been convicted of any of the criminal acts to which this Convention refers.
- Article 7. If, when extradition is applicable, a state should not deliver the requested person because of some impediment, the state receiving the request shall be obligated to try the person referred to for the deed imputed to him just as if he had committed it in the territory of that state, and the said state shall inform the state that requested the extradition of the sentence handed down.
- Article 8. In order to cooperate in the prevention and punishment of the acts of terrorism to which this Convention refers, the contracting states accept the following obligations:
- (a) To take all measures within their power to prevent the preparation of acts of terrorism that are intended to be executed in the territory of another contracting state;

- (b) To exchange information and to consider effective administrative measures in the matter of individual security;
- (c) To make provisions in their respective criminal laws regarding the criminal acts to which this Convention refers if those acts are not already covered therein;
- (d) To comply in the most expeditious manner with any request from another contracting state in regard to any of the criminal acts to which this Convention refers;
- (e) To provide for expeditious extradition procedures in their respective laws.

Article 9. Each contracting state may, in serious and exceptional circumstances, decide whether or not it would be correct to authorize departure from its territory by, or to deport, as the case may be, any person who is detained or in prison, under the jurisdiction of that state.

The interested contracting states may reach an agreement, in cases of the specific type referred to in the preceding paragraph, regarding the legal status of the persons involved.

- Article 10. This Convention shall remain open for signature by the member states of the Organization of American States, as well as by any other state that is a member of the United Nations, or any other state that may be invited to sign it by the General Assembly of the Organization of American States.
- Article 11. This Convention shall be ratified by the signatory states in accordance with their respective constitutional procedures.
- Article 12. The original of this Convention, the English, French, Portuguese, and Spanish texts of which are equally authentic, shall be deposited in the General Secretariat of the Organization of American States, which shall send certified copies to the signatory governments for purposes of ratification. The instruments of ratification shall be deposited in the General Secretariat of the Organ-

ization of American States, which shall notify the signatory governments of such deposit.

Article 13. This Convention shall enter into force among the states that ratify when they deposit their respective instruments of ratification.

Article 14. This Convention shall remain in force indefinitely, but may be denounced by any of the contracting states by giving notice one year in advance, after which it shall cease to be in force for the denouncing state, but shall continue to be in force for the other contracting states. The denunciation shall be transmitted to the General Secretariat of the Organization of American States, which shall notify the other contracting states thereof.

In witness whereof the undersigned plenipotentiaries, having presented their full powers, which have been found to be in due and proper form, sign this Convention on behalf of their respective governments, at the city of this day of of the year one thousand nine hundred.

Rio de Janeiro, September 26, 1970.

#### 10. THE CHICAGO CONVENTION, 1944

Convention on International Civil Aviation (Chicago, December 7, 1944).

#### Preamble

Whereas the future development of international civil aviation can greatly help to create and preserve friendship and understanding among the nations and peoples of the world, yet its abuse can become a threat to the general security; and

Whereas it is desirable to avoid friction and to promote that cooperation between nations and peoples upon which the peace of the world depends;

Therefore, the undersigned governments having agreed on certain principles and arrangements in order that international civil aviation may be developed in a safe and orderly manner and that international air transport services may be established on the basis of equality of opportunity and operated soundly and economically;

Have accordingly concluded this Convention to that end.

٠.,

#### Article 25

#### Aircraft in distress

Each contracting State undertakes to provide such measures of assistance to aircraft in distress in its territory as it may find practicable, and to permit, subject to control by its own authorities, the owners of the aircraft or authorities of the State in which the aircraft is registered to provide such measures of assistance as may be necessitated by the circumstances. Each contracting State, when undertaking search for missing aircraft, will collaborate in coordi-

nated measures which may be recommended from time to time pursuant to this Convention.

#### Article 37

## Adoption of international standards and procedures

Each contracting State undertakes to collaborate in securing the highest practicable degree of uniformity in regulations, standards, procedures, and organization in relation to aircraft, personnel, airways and auxiliary services in all matters in which such uniformity will facilitate and improve air navigation.

To this end the International Civil Aviation Organization shall adopt and amend from time to time, as may be necessary, international standards and recommended practices and procedures dealing with:

- (a) Communications systems and air navigation aids, including ground marking;
- (b) Characteristics of airports and landing areas;
- (c) Rules of the air and air traffic control practices;
- (d) Licensing of operating and mechanical personnel;
- (e) Airworthiness of aircraft;
- (f) Registration and identification of aircraft;
- (g) Collection and exchange of meteorological information;
- (h) Log books;
- (i) Aeronautical maps and charts;
- (j) Customs and immigration procedures;
- (k) Aircraft in distress and investigation of accidents;

and such other matters concerned with the safety, regularity, and efficiency of air navigation as may from time to time appear appropriate.

#### Article 43

#### Name and composition

An organization to be named the International Civil Aviation Organization is formed by the Convention. It is made up of an Assembly, a Council, and such other bodies as may be necessary.

#### Article 44

## **Objectives**

The aims and objectives of the Organization are to develop the principles and techniques of international air navigation and to foster the planning and development of international air transport so as to:

- (a) Insure the safe and orderly growth of international civil aviation throughout the world;
- (b) Encourage the arts of aircraft design and operation for peaceful purposes;
- (c) Encourage the development of airways, airports, and air navigation facilities for international civil aviation;
- (d) Meet the needs of the peoples of the world for safe, regular, efficient and economical air transport;
- (e) Prevent economic waste caused by unreasonable competition;
- (f) Insure that the rights of contracting States are fully respected and that every contracting State has a fair opportunity to operate international airlines;
- (g) Avoid discrimination between contracting States;
- (h) Promote safety of flight in international air navigation;
- Promote generally the development of all aspects of international civil aeronautics.

# TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES du Tome I

# PREMIÈRE PARTIE Travaux préparatoires

		Pages
I.	Les conditions d'application des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies (Première Commission). Rapport préliminaire et rapport définitif de M. Paul De Visscher	1
1.	Rapport préliminaire de M. Paul De Visscher du 15 février 1969 .	1
CI	HAPITRE I — Introduction générale	
	§ 1. Rétroactes	1
	§ 2. Objet et esprit général du rapport	5
	§ 3. Essai de clarification des expressions:	
	a) Opérations militaires	10
	b) Forces des Nations Unies	12
CI	HAPITRE II — L'application des règles humanitaires du droit de la	
	guerre aux opérations militaires des Nations Unies	22
	§ 1. Justification du principe de cette application	22
	§ 2. Contenu du droit humanitaire de la guerre	23
	§ 3. Applicabilité de ce droit aux Forces des Nations Unies	33
	a) Capacité virtuelle de l'ONU d'être sujet du droit de la guerre au sens matériel	34
	<ul> <li>b) Compatibilité de certaines dispositions du droit de la guerre avec la nature de l'ONU et la structure de ses</li> </ul>	
	c) Possibilité pour l'ONU d'adhérer aux Conventions humanitaires ou d'en reconnaître l'applicabilité à ses	
	Forces	43

	Pages
§ 4. Problèmes de responsabilités	46
§ 5. Moyens destinés à assurer une meilleure application des règles humanitaires du droit de la guerre à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies	
a) Préparation et formation des contingents	61
b) Le problème du Substitut de la Puissance protectrice.	63
c) Le problème des Services sanitaires des Forces des	
Nations Unies	65
CHAPITRE III — L'application aux opérations militaires des Nations Unies des règles du droit de la guerre qui ne revêtent pas un caractère humanitaire	
Introduction	67
Section I. Le problème de la discrimination, envisagé sous l'angle du droit commun	69
Section II. Le problème de la discrimination, envisagé au regard du droit de la Charte des Nations Unies	72
A. Droits et devoirs des Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies	72
§ 1. Opérations militaires intervenant en l'absence de toute désignation de l'agresseur	72
§ 2. Opérations militaires engagées avec une partie qualifiée d'agresseur par le Conseil	
de Sécurité	81
B. Droits et devoirs des Etats non Membres de l'Organisation des Nations Unies	96
Section III. Le problème de l'application de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 relative à la protection des biens culturels en cas de conflit armé	
Avant-projet de Résolutions	102
Questionnaire	111

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES	773
	Pages
2. Rapport définitif de M. Paul De Visscher du 15 juin 1970	116
Introduction générale	116
Chapitre I. Notions générales (Forces des Nations Unies et opérations militaires)	119
Chapitre II. De la non discrimination dans l'application des règles proprement humanitaires du droit de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies	125
Chapitre III. Des conditions et de la mesure dans lesquelles il peut être dérogé au principe de la non discrimination dans l'appli- cation du droit de la guerre et de la neutralité, à l'occasion des opérations militaires des Nations Unies	134
Remarques finales	158
Projet de Résolutions	160
I. Observations des Membres de la Première Commission en réponse au rapport préliminaire et au questionnaire de M. Paul De Visscher du 15 février 1969	168
I. Observations de M. Erik Castrén	168
2. Observations de M. Nathan Feinberg	172
3. Observations de M. Florentino P. Feliciano	179
4. Observations de M. J. P. A. François	192
5. Observations de M. Edvard Hambro	195
6. Observations de M. Philip C. Jessup	200
7. Observations de M. Charles Rousseau	206
8. Observations de M. Oscar Schachter	208
9. Observations de M. Finn Seyersted	213
II. Observations complémentaires de membres de la Première Com-	
mission sur le rapport définitif de M. Paul De Visscher du 15 juin 1970	224
1. Observations de M. Philip C. Jessup	224

2. Observations de M. Erik Castrén	225 227
II. Les conflits de lois en matière de droit du travail (Seizième Commission). Rapport provisoire et rapport définitif de M. Etienne Szászy	229
1. Rapport provisoire de M. Etienne Szászy du 10 juillet 1970	229
I. Introduction	229
	230
	241
	264
V. Projet provisoire de Résolution	321
Annexes:	
	332
· ·	389
	393
	<b>39</b> 3
2. 0000, 10000	398
	406
• • • • • • • • • • • • • • • • • •	417
••	421
	429
	434 422
•• • • • • • • • • • • • • • • • • • • •	437 440
3. 0000.0000.0000.0000.000	441 442
	442 443
	443 455
12. Observations de M. José de Yanguas Messía	+J.
2. Rapport définitif présenté par M. Etienne Szászy le 12 avril 1971	463
Analyse des observations générales des membres de la Commission sur le rapport provisoire	464

	TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES	775
	Analyse des observations des membres de la Commission sur le projet de Résolution	Pages 469 483
An.	nexe:	
pro	servations des membres de la Seizième Commission sur le rapport visoire et le projet de Résolution de M. Etienne Szászy du 10 juil- 1970	490
1.	Réponse de M. Henri Batiffol	490
2.	Observations de M. Giorgio Cansacchi	490
3.	Observations de M. Ph. Francescakis	492
4.	Observations de M. Ronald H. Graveson	505
5.	Observations de M. Georges van Hecke	507
6.	Observations de M. Rodolfo De Nova	511
7.	Observations de M. Manlio Udina	515
8.	Observations de M. Haroldo Valladão	516
9.	Observations de M. José de Yanguas Messía	519
	Hijacking of Aircraft (Eighteenth Commission) Provisional Report and Final Report presented by Edward McWhinney, Q.C.  ovisional Report presented by Mr. Edward McWhinney, rapporteur, July 21st, 1970	520 520
I	. Preliminary Study presented by the rapporteur, March 31st, 1970. (Revised and brought up to date to July 21st, 1970)	520
	A. Definition  1. Original meaning of Hijacking  2. Attempts at definition at the international level  3. Attempts at definition at the national level	520 520 521 523
	B. Historical development of hijacking	526 540 540 542

3. U.N. General Assembly, Resolution, December 12, 1969

	Pages
4. U.N. Secretary-General: Good Offices	544
<ol> <li>ICAO Legal Committee, Draft Convention on Unlawful Seizure of Aircraft, March 16, 1970</li></ol>	546
D. National (governmental) responses. National laws	550
E. International private (non-governmental) responses	552
1. IATA	552
2. IFALPA. Amsterdam resolution, March, 1969	554
F. Questions concerning existing law relating to hijacking of aircraft	555
II. General summary of Comments made by members of the Eight- eenth Commission in response to the <i>Preliminary Study</i> and Questionnaire of the <i>rapporteur</i> of March 31st, 1970	558
III. Note by the rapporteur on Extraordinary Assembly of the International Civil Aviation Organization (ICAO), Montreal, June 16-30, 1970	567
IV. Note by the rapporteur. Bilateral approaches to international law-making: linking of bilateral air agreements to ICAO international conventions relating to unlawful interference with civil aviation.	570
V. General Considerations	571
VI. Drafts of Resolutions	579
1. Draft of Resolution by the rapporteur on:	
Unlawful Acts of Seizure of Aircraft — (Version A)	579
Unlawful Acts of Seizure of Aircraft — (Version B)	580
Unlawful Acts of Seizure of Aircraft — (Version C)	581
<ol> <li>Draft of Resolution by the rapporteur on:         Alleviation of consequences of unlawful acts of seizure of</li> </ol>	
aircraft	582
3. Draft of Resolution by the rapporteur on:	
National criminal deterrents against unlawful seizure of aircraft	583
4. Draft of Resolution by the rapporteur on:	
Extradition of persons committing unlawful acts of seizure of aircraft	584

		TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES	777
			Pages
	5.	Draft of Resolution by the rapporteur on:	
		The linking of bilateral treaty obligations in air law to general	
		international law obligations under the Tokyo Convention of 1963, and related multilateral conventions	585
		1905, una reinteu mutituateral conventions	200
۷ĭ.	Pr	ojets de Résolutions	586
	1.	Projet de Résolution rédigé par le rapporteur sur:	
		le détournement illicite d'aéronefs (version A)	586
		le détournement illicite d'aéronefs (version B)	587
		le détournement illicite d'aéronefs (version C)	588
	2.	Projet de Résolution rédigé par le rapporteur sur les remèdes	
		à apporter aux conséquences du détournement illicite	
		d'aéronefs	589
	3.	Projet de Résolution rédigé par le rapporteur sur les moyens	500
		nationaux de prévenir le détournement illicite d'aéronefs	590
	4.	Projet de Résolution rédigé par le rapporteur sur l'extra- dition des auteurs de détournement illicite d'aéronefs	591
	5.	Projet de Résolution rédigé par le rapporteur sur le lien à établir entre les obligations nées de traités de droit aérien bilatéraux et les obligations internationales générales nées de la Convention de Tokyo de 1963, et d'autres conventions	502
		multilatérales	592
App	ena	lix I.	
	In	dividual Comments of the members of the Eighteenth Com-	
		mission in response to <i>Preliminary Study</i> and Questionnaire of the <i>rapporteur</i> of March 31, 1970	593
	4	,	
		Comments by Mr. Constantin Eustathiades	593
	2.		600
	3.	Comments by Mr. F. A. von der Heydte	609
	4.	Comments by Mr. Myres S. McDougal	614
		Comments by Mr. Adolfo Miaja de la Muela	615
	6.	Comments by Mr. Jean Salmon	617

7. Comments by Mr. J. H. W. Verzijl . . . . . . . . . . . .

1. The Tokyo Convention of 1963. Text . . . . . . . . . . . .

Appendix II.

626

630

642

	Pages
<ol> <li>United Nations General Assembly, Resolution on Forcible diversion of civil aircraft in flight. (Resolution 2551 (XXIV), December 12, 1969). Text</li></ol>	645
4. ICAO, Legal Committee:—	
a) Text of Draft Convention as prepared by the Sub-committee of Unlawful Seizure of Aircraft (LC/SC SA-Report II, October 31, 1969)	647
b) Text of Draft Convention as adopted by the Legal Committee. (Doc. 8865, LC/159, March 16, 1970)	652
<ol> <li>ICAO, Extraordinary Assembly, Montreal, June 16-30, 1970</li> <li>a) Text of Resolutions recommended by Committee B</li> </ol>	656
(Legal) and adopted by Assembly;	656
mittee and adopted by Assembly;	667
(containing the text of the "Solemn Declaration" of Assembly).	668
	000
Final Report presented by Mr. Edward McWhinney, Q.C., rapporteur March 15th, 1971	670
I. General considerations	670
II. General summary of Comments made by members of the Eight- eenth Commission to <i>Provisional Report</i> of the rapporteur of	
July 21st, 1970	684
III. Analysis of responses by members of the Eighteenth Commission to Draft Resolutions appended to Provisional Report of July 21st,	
1970	688
IV. Draft of Resolution (English version)	691
IV. Projet de Résolution (version française)	694
Appendix I	
1. Supplementary letter to the Provisional Report addressed by Mr. Edward McWhinney to the members of the Eighteenth	
Commission, August 7, 1970	697
<ol> <li>Additional supplementary letter to the Provisional Report addressed by Mr. Edward McWhinney to the members of the Eighteenth Commission, January 4, 1971</li> </ol>	698
Appendix II	
Individual comments of the members of the Eighteenth Commission in response to the <i>Provisional Report</i> and also to the letters of Mr. Edward McWhinney of August 7, 1970, and January 4, 1971	
Edward Merrindley of August 7, 1270, and January 4, 1371	427

	Pages
1. Comments by Mme Suzanne Bastid, (January 24, 1971)	699
(a) Comments by Mr. Nathan Feinberg (December 13, 1970)	711
2. (b) Supplemental Comments by Mr. Nathan Feinberg (Janu-	
ary 10, 1971)	717
3. Comments by Frhr. F. A. von der Heydte (January 18, 1971)	718
4. Comments by Mr. Adolfo Miaja de la Muela (January 20, 1971)	721
5. Comments by Mr. J. H. W. Verziji (January 31, 1971)	722
	,
ppendix III	
1. The Hague Convention, 1970. (Convention for the Suppression	
of Unlawful Seizure of Aircraft, The Hague, December 16,1970)	730
2. ICAO, Legal Committee. Draft Convention on Acts of Unlaw-	
ful Interference against International Civil Aviation (other	
than those covered by the draft convention on Unlawful Seizute of Aircraft). (Doc. 8910, LC/163, Part II, Annex, October 22,	
	738
1970)	130
United States delegation. Draft Convention on Sanctions, (A	
Convention regarding the Safety and Security of International	
Civil Air Transport Services)	743
4. ICAO, Council:	
(a) First resolution adopted by the Council (LXXI-6, October	
1, 1970)	751
(b) Second resolution adopted by the Council (LXXI-6,	
October 1, 1970)	752
5. United Nations Security Council. Resolution on hijacking and	
any other interference in international travel. (Resolution 286	764
(1970), September 9, 1970)	754
ing or interference with civil air travel. (Resolution 2645 (XXV),	
November 30, 1970)	755
7. Council of Europe. Consultative Assembly. Resolution 450	155
(1970) on air piracy. (Text adopted by the Assembly on Sep-	
tember 18, 1970). (10th sitting)	758
8. Council of Europe. Consultative Assembly. Recommendation	
613 (1970) on air safety and unlawful seizure of aircraft. (Text	
adopted by the Assembly on September 24, 1970. (18th sitting)	759
9. Inter-American Juridical Committee: Draft Convention on	
Terrorism and Kidnapping of Persons for purposes of Extor-	
tion. Rio de Janeiro, September 26, 1970	762
10. The Chicago Convention, 1944. (Convention on International	
Civil Aviation, Chicago, December 7, 1944). Text of Preamble,	767
and of Articles 25, 37, 43 and 44	767
able analytique des matières	771