

idi 17/3



**Institut de Droit international
Annuaire, Vol. 62, Tome I
Session du Caire 1987
Travaux préparatoires**

**Institute of International Law
Yearbook, Vol. 62, Part I
Session of Cairo 1987
Preparatory work**

Institute of International Law

Yearbook

Vol. 62, Part I

Session of Cairo 1987

Preparatory work

Justitia et Pace

Editions A. PEDONE - 13, rue Soufflot - Paris

Institut de Droit International

Annuaire

Vol. 62, Tome I

Session du Caire 1987

Travaux préparatoires

Justitia et Pace

Editions A. PEDONE - 13, rue Soufflot - Paris

Adresses de l'Institut de Droit international

Secrétariat :

M. Nicolas Valticos,
Secrétaire général,
22, av. William-Favre
CH-1207 Genève (Suisse)
Tél. (022) 36-07-72

M^{me} Hans Wehberg
1, av. de Frontenex
CH-1207 Genève (Suisse)
Tél. (022) 36-26-20

Trésorerie :

M. Frank Vischer,
Trésorier,
22, Bäumleingasse
CH-4001 Bâle (Suisse)
Tél. (061) 23-30-60

M^{me} René Lachenal
12, rue du Vieux-Moulin
CH-1213 Onex-Genève (Suisse)
Tél. (022) 92-41-09

Alls rights reserved.

No part of this publication may be translated into other languages, reproduced or utilized in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, microcopying, or by any information storage and retrieval system, without permission in writing from the publisher.

© Copyright 1987 by Editions Pedone
Printed in France by Bosc Frères, Lyon
ISBN 2-233-00178-8

Table des matières

Contemporary problems concerning the jurisdictional immunity of States

Les aspects récents de l'immunité de juridiction des Etats

(Fourteenth Commission)

<i>Preliminary Report by Ian Brownlie, Q.C.</i>	13
1. Introduction	13
I. — Scope of the Study	14
II. — <i>Lex Lata</i> and <i>Lex Ferenda</i>	15
III. — Sources and Evidence	15
IV. — Questions concerning Terminology	17
V. — The Role of Municipal Courts	17
VI. — The incompetence of Municipal Courts (or Immunity <i>ratione materiae</i> , so-called)	18
VII. — The Principle of Consent	21
VIII. — Heads of State and Ministers of Foreign Governments	22
IX. — Foreign Armed Forces	23
X. — Policy Considerations: the Justification of the Principle of State (or Sovereign) Immunity	23
XI. — The General Principle of Immunity	24
XII. — The Problem of Commercial Transactions entered into by the State	25
XIII. — The Possible Solutions	26
XIV. — The Preferred Solution	31
XV. — The Critical Elements	34
XVI. — Non-Contractual Aspects	36
XVII. — Attachment and Seizure in Execution	37
XVIII. — Political Subdivisions and State Instrumentalities	40
XIX. — Role of the <i>Questionnaire</i>	42
<i>Questionnaire</i>	43

Contemporary problems concerning the jurisdictional immunity of States

Les aspects récents de l'immunité de juridiction des Etats

(Fourteenth Commission)

<i>Definitive Report and Draft Set of Resolutions by Ian Brownlie, Q.C.</i>	45
I. — Introduction	45
II. — The Justification of the Principle of State (or Sovereign) Immunity	46
III. — Possible Methods of Approach	48
IV. — Critical Appraisal of the Enumeration Approach	49
V. — The Method Proposed	53
VI. — The General Principle of Immunity	53
VII. — Criteria indicating the incompetence of the legal system of the State of the forum	54
Note on Public Loans	68
Note on Central Banks	70
Proposed text (Criteria indicating the incompetence of the legal system of the State of the forum)	70
VIII. — Criteria indicating the competence of the legal system of the State of the forum	71
IX. — State Agencies and Political Subdivisions	85
X. — Pre-judgment Attachment and Seizure in Execution	87
XI. — The Principle of Consent	93
XII. — Heads of State, Ministers of Foreign Governments, and Heads of Diplomatic Missions	95
XIII. — Possible Supplementary Provisions	97
Draft Set of Resolutions	98
<i>Annex : Observations of the Members of the Fourteenth Commission on Professor Brownlie's Preliminary Report and Questionnaire</i>	105
1. Observations de M. Mohamed Bedjaoui	105
2. Observations of Mr Maarten Bos	124
3. Observations of Mr James R. Crawford	128
4. Observations de M. Manuel Diez de Velasco Vallejo	131
5. Observations de M. Ph. Francescakis	134
6. Observations of Mr Elihu Lauterpacht	140
7. Observations de M. Paul Reuter	141
8. Observations of Mr Sompong Sucharitkul	142
9. Observations of Mr Yuichi Takano	151

Air pollution across national frontiers

La pollution de l'air à travers les frontières nationales

(Twentieth Commission)

<i>Provisional Report by Geraldo E. do Nascimento e Silva</i>	159
Introduction	159
Draft preamble of the proposed Resolution	163
Proposed Article 1	165
Proposed Article 2	165
Proposed Article 3	167
Proposed Article 4	169
Proposed Article 5	169
Proposed Article 6	173
Proposed Article 7	175
Proposed Article 8	176
Proposed Article 9	178
Proposed Article 10	179
Proposed Article 11	183
Proposed Article 12	184
Proposed Article 13	186
Draft Resolution on air pollution across national frontiers	188
<i>Annex I : Air Pollution across national frontiers</i> La pollution de l'air à travers les frontières nationales	
Preliminary <i>Exposé</i> by G.E. do Nascimento e Silva	193
1. Introductory remarks	193
2. Terms of reference - Definition	196
3. Transfrontier pollution	198
4. International responsibility	201
5. Nuclear pollution	207
6. Damage to the ozone layer	211
7. Acid rain	215
8. International co-operation	220
9. Pollution and the developing countries	222
10. Pollution and human rights	225
11. Conclusion	226
<i>Annex II : The Pollution of Rivers and Lakes and International Law</i> (Resolution adopted in Athens on 12 September 1979)	230

<i>Annex III : Questionnaire</i>	234
<i>Annex IV : Observations of Members of the Twentieth Commission in reply to the Preliminary Exposé and Questionnaire</i>	236
1. Observations of Mr Louis Henkin	236
2. Observations de M. Jean Salmon	238
3. Observations of Mr Ignaz Seidl-Hohenveldern	242
4. Observations of Mr José Sette-Camara	246
 <i>Air pollution across national frontiers</i>	
La pollution de l'air à travers les frontières nationales	
(Twentieth Commission)	
<i>Final Report by Geraldo E. do Nascimento e Silva</i>	249
Preamble	253
Article 1. — Definition of pollution	254
Article 2. — Sovereign right of States to exploit their own resources ...	255
Article 3. — Duty to prevent and abate pollution	255
Article 4. — National and international means for the fulfilment of obligations	256
Article 5. — International liability	256
Article 6. — Ultra-hazardous activities	257
Article 7. — Prevention and compensation	258
Article 8. — Co-operation between States	258
Article 9. — Emergency situations	259
Article 10. — Nuclear pollution	260
Article 11. — Depletion of the ozone layer	262
Article 12. — Developing countries	263
Article 13. — Pollution and human rights	264
Second draft Resolution on air pollution across national frontiers	265
<i>Annex : Observations of the Members of the Twentieth Commission on Mr do Nascimento e Silva's Provisional Report</i>	270
1. Observations of Mr Louis Henkin	270
2. Observations of Mr Manfred Lachs	271
3. Observations of Mr Walter Rudolf	274
4. Observations de M. Jean Salmon	283
5. Observations of Mr Ignaz Seidl-Hohenveldern	288
6. Observations of Mr José Sette-Camara	289
7. Observations de M. Francis Wolf	292

La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé

The duality of the nationality principle and the domicile principle in private international law

(Quinzième Commission)

<i>Rapport définitif et projet de résolution présentés par M. Yvon Loussouarn</i>	295
I. — Domaine de la dualité des principes de la nationalité et du domicile	301
Première question : l'étude de la dualité des principes de nationalité et de domicile doit-elle couvrir à la fois les conflits de lois et les conflits de juridictions ou au contraire être limitée aux seuls conflits de lois ?	303
Deuxième question : au sein des conflits de lois, l'étude de la dualité des principes de nationalité et de domicile doit-elle couvrir l'ensemble des conflits de lois ou au contraire se limiter à ceux relatifs au statut personnel ?	305
II. — Mérites respectifs de la nationalité et du domicile envisagés comme critères de rattachement	316
A. — Fondement de l'application de la loi	317
B. — Permanence ou généralité de la loi applicable	320
C. — Mise en œuvre de la règle de conflit	323
D. — Protection des intérêts de l'Etat et des tiers	328
E. — Coïncidence de la compétence législative et de la compétence juridictionnelle	330
G. — Situation des pays à système juridique non unifié	331
III. — Esquisse des solutions pouvant être envisagées	333
Projet de résolution	350
<i>Annexe I : Questionnaire</i>	352
<i>Annexe II : Observations de membres de la Quinzième Commission en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire</i>	355
1. Observations de M. Henri Batiffol	355
2. Observations de M. Francesco Capotorti	356
3. Observations de M. Juan A. Carrillo Salcedo	360
4. Observations de M. Pierre Gannagé	361
5. Observations de M. Ronald Graveson	370
6. Observations de M. Erik Jayme	373
7. Observations de M. Allan Philip	375
8. Observations de M. Frank Vischer	377
9. Observations de M. Piero Ziccardi	380
10. Réponses de M. Piero Ziccardi au questionnaire	381

Contemporary problems concerning the jurisdictional immunity of States

Les aspects récents de l'immunité de juridiction des États

(*Fourteenth Commission*)¹

Preliminary Report

Ian Brownlie, Q.C.

Introduction

1. The controversy concerning the ambit of State Immunity (or Sovereign Immunity) dates from the nineteenth century. During the Hamburg Session of the Institute in 1891 a Resolution was adopted under the rubric « *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étrangers* » (*Annuaire*, 1889-92, p. 436). The item had been placed on the agenda in 1878 on the proposal of Mr de Bar. At the Oslo Session of 1932 the Institute undertook to examine « *L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers* » and, after a hiatus consequent upon the Second World War, a Resolution was adopted at the Aix-en-Provence Session in 1954 (*Annuaire*, 1954, II, pp. 293, 301).

2. The three decades since the Aix-en-Provence Session have witnessed continued controversy over the issue of State Immunity together with the accumulation of a considerable quantity of

¹ The Commission is composed of Messrs Brownlie, *Rapporteur*, Bedjaoui, Bos, Crawford, Diez de Velasco Vallejo, Feliciano, Francescakis, Goldman, J.F. Lalive, Lauterpacht, Macdonald, Reuter, Ruda, Sucharitkul, Suy, Takano.

valuable experience. This experience has taken a variety of forms : developments in the jurisprudence of courts in the Federal Republic of Germany, France, the United Kingdom, the United States and other jurisdictions ; recent legislation in the United States, the United Kingdom and Canada ; and the replies to the Questionnaire circulated to Governments by the Secretary-General of the U.N. at the request of the International Law Commission. In addition the European Convention on State Immunity was concluded in 1972, and the topic of State Immunity has been the object of study by a number of specialist bodies, including the Afro-Asian Legal Consultative Committee, the International Law Association, the International Law Commission and the Australian Law Reform Commission.

3. The wealth of material available has provided more evidence of the recalcitrance of the issues presented by the topic of State Immunity than it has of the emergence of definitive solutions to the problems. And the reality and persistence of the problems themselves is universally recognised. It is against this background that the Institute has taken its decision to undertake a fresh examination of the question of State Immunity.

I. — *Scope of the Study.*

4. The Commission has been given a mandate to examine « les aspects récents de l'immunité de juridiction des Etats ». My intention as Rapporteur is to pursue the study of the problems both in depth and in the round and not to regard the precise phrasing of the mandate as implying any artificial restrictions. In terms of international relations the term "recent" has a certain elasticity (and it is nearly thirty years since the Institute last studied the topic). Moreover, in order to examine "recent aspects" with any prospect of achieving substantial results, it will be necessary to address the subject of State Immunity integrally and not exclusively in terms of particular episodes which may be characterised as "recent".

5. In the same connection, the category "jurisdictional immunity" should not be given a narrow construction. The term « *juridiction des Etats* » in the French language tends to mean the general powers of control which a State has within its territory or

some other designated space: see Basdevant, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, 1960, *sub voc.*

6. As a matter of operational efficacy, it is helpful to approach the *issues* and thus to set aside, remould or discard received categories and concepts, when this proves to be necessary. Above all, as so often in the course of the study of law, it is important to seek the *questions* which must be asked. In this context analytically justified connections may be invoked even if, at first sight, these connections involve material lying outside the topic which is under examination. Thus, by way of example, it may be necessary on occasion to notice the historical and analytical connections between "State (or Sovereign) Immunity" and "diplomatic and consular immunity".

II. — *Lex Lata and Lex Ferenda.*

7. It has not been the fashion, in drafting resolutions based upon the work of the Institute, to indicate expressly whether the principles enunciated are intended to have the status of *lex lata* or *lex ferenda*. This fashion no doubt reflects a deliberate policy and it is often impossible in practice to draw a line between the elucidation or clarification of existing principles or concepts and the formulation of norms *de lege ferenda*. In any case, and as a provisional expression of opinion, the distinction between *lex lata* and *lex ferenda* has a marked artificiality in the present context, precisely because certain key issues remain unresolved. With one proviso, the distinction will be left on one side in formulating principles which will ultimately find their way into a draft resolution. The proviso is as follows. In the course of exposition and analysis it may be useful and even necessary to refer on occasion to the status of a particular rule or proposition as *lex lata* or *lex ferenda*. This is obvious enough.

III. — *Sources and Evidence.*

8. The principle which will give the best results is one of inclusion: that is to say, any material which is pertinent to a thorough examination of the problems should be adverted to. Since the overall purposes are to *analyse* the problems and to *propose*

principles (whether *lex lata* or not), the relevance of material is primarily determined by the role of any item in furthering understanding by means of analytical and exemplary demonstration. Consequently, a useful conjunction of facts revealing an unusual and significant point of principle is of relevance, whether or not the example emerges from an episode of diplomatic practice, a decision of a court of higher or lower rank, or an expression of an hypothesis by a writer.

9. In connection with the use of sources, it is worth recording the difficulties in the way of objective inquiry. In the literature of the subject there is a prominent emphasis upon decisions of municipal courts and a readiness to accept the outcome of such decisions as the best index available of the practice of States. In fact the judicial decisions are an increasingly rich source : but there are certain factors which must not be forgotten. In the first place, the judicial decisions frequently make a choice of outcome, either in favour of "restrictive immunity" or not, on the basis of a less than satisfactory examination of the issues and the general context of those issues. The contradictory results of such adjudication are plain to see. Secondly, the views of the judiciary may be at variance with the views of the executive or legislature in the same country. Thirdly, the views expressed by the executive in giving guidance to the courts may not be compatible with the policies applied by the executive in dealing with issues of immunity in the courts of *other* States. Thus the United States Government continued to claim "absolute immunity" *in the courts of other States* until 1973, some two decades after the "Tate letter", which had been widely regarded as having changed United States practice.

10. In general there is a tendency in the literature to ignore or at least to underestimate State practice. The Secretary-General's Questionnaire elicited a quantity of useful information in this respect, although the form of the questions may have introduced a certain confusion. Thus governments were invited to classify the practice of courts in terms of "absolute immunity" or otherwise (Question 3), and some replies involved a misunderstanding of such classification.

IV. — *Questions concerning Terminology.*

11. The terminology conventionally (but not necessarily uniformly) used in the literature, and reflected in the decisions of municipal courts and in other sources, is to be regarded with considerable reserve. All too often the terms employed serve no analytical purpose, but simply describe a particular result. Thus the dichotomy of "absolute" and "restrictive" (or "limited") immunity fails to indicate the actual frontier of immunity and begs the key question. The term "absolute" is in any case a misdescription, since immunity from jurisdiction can be waived and some exceptions to the principle of "absolute" immunity have always been recognised.

12. Other classifications can be called into question but it is not intended to give a catalogue. By way of further example, the use of the terms "*immunity in personam*" and "*ratione materiae*" in the literature is sometimes inapposite. In particular, the use of these terms of art (or apparent terms of art) involves assumptions about the rationale and basis of immunity, which remain obscure, and a process of reasoning which remains inarticulate. No doubt the use of such terms can be justified but labels should not be a substitute for analysis.

V. — *The Role of Municipal Courts.*

13. The role of the municipal courts and of domestic law in relation to immunity is a source of problems. In the ordinary course it is clear that in matters of international law, such as jurisdiction and immunities therefrom, municipal courts depart from the pertinent standards of international law at the risk of creating State responsibility for the State of the forum. This is a truism, but the subject of State Immunity has acquired an hermetic quality which creates an unfortunate isolation from the general framework of international law principles.

14. In this connection, whatever be the proper limits of immunity in international law, it cannot be the case that municipal courts have a discretion in granting immunity. It is one thing to take the view that, in the absence of certainty in the international law

principles, national law must play a dominant role : it is quite another to assert, in effect, that international law is inapplicable *tout court*. (Cf. the *Claim against the Empire of Iran case*, *International Law Reports*, (Ed., E. Lauterpacht), Vol. 45, p. 57, at pp. 79-81 ; and the comment of Sinclair, *Hague Recueil*, Vol. 167, p. 182).

15. The role of municipal courts in affirming or denying immunity has a special significance in that it provides clues to the underlying elements — certain relatively unarticulated factors — in the materials of the law. The immunity, where it exists, is *from the local jurisdiction* and not from *legal* (or State) *responsibility* on the international plane. The issue is, in part at least, a question of the appropriate forum. Particularly in the context of immunity *ratione materiae* the decisions of municipal courts have shown a certain flair for fixing the frontiers of immunity by reference to a proper characterisation of the problem. In other words, on certain occasions the issue can be resolved only within the framework of international law and on the international plane (cf. the judgment of Lord Denning in *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad* [1958] A.C. 379 at p. 422 ; *International Law Reports*, 1957, p. 157 at p. 200).

VI. — *The incompetence of Municipal Courts (or Immunity ratione materiae, so-called).*

16. There is a certain subject matter which is sometimes said to involve immunity *ratione materiae*, but which in truth concerns the *essential competence* of municipal courts. The doctrine is one of non-justiciability and is grounded in another principle of international law, the principle of non-intervention in the internal affairs of other States. Immunity, in the strict sense, is not involved : the national court lacks competence because of principles of international law independent of the concept of immunity. Immunity presupposes a subject-matter over which jurisdiction can be exercised *but for* the doctrine of immunity. In the case of immunity from jurisdiction, the consent of the foreign State may produce a waiver of the claim to immunity. If there is a subject-matter over which the national courts of the other State may properly exercise

jurisdiction, or there is a basis for acquiring jurisdiction on some other basis, then jurisdiction follows consent. Immunity is thus distinct from the question of essential competence.

17. The incompetence of the municipal courts is not an immunity *ratione materiae*, strictly speaking, since it is not an immunity at all. It is simply the application of the principle of non-intervention in internal affairs of other States to the particular subject-matter.

18. The following are examples of the application of the principle :

(a) The validity or otherwise of the constitution of an independent State : see *Buck v. Attorney-General* [1965] Ch. 745 ; *International Law Reports*, Vol. 42, p. 11 ; *R. v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs, ex parte Indian Association of Alberta* [1982] 2 W.L.R. 641, Court of Appeal and House of Lords.

(b) Questions concerning the execution of treaty provisions the provisions of which do not provide for enforcement in the municipal courts of either party : see *Kingdom of Greece v. Gamet, International Law Reports*, Vol. 28, p. 153.

(c) Arbitrations between States are outside the jurisdiction of the State in the territory of which the arbitral procedure is conducted : Mann, *British Year Book of International Law*, Vol. 42 (1967), p. 1 at p. 2 ; *id.*, *Studies in International Law*, 1973, pp. 266-8.

(d) Internal administrative acts such as the seizure of property, the arrest of a national or the expulsion of an alien : see *American Banana Company v. United Fruit*, 213 U.S. 347 (1908) ; H. Lauterpacht, *British Year Book of International Law*, Vol. 28 (1951), p. 220 at pp. 237-8 ; Lalive, 84 *Hague Recueil* (1953, III), p. 209 ; *National Institute of Agrarian Reform v. Kane* (1963), *International Law Reports*, Vol. 34, p. 12 ; *Victory Transport Inc. v. Comisaria General*, 336 F 2d 354 (1964) ; *International Law Reports*, Vol. 35, p. 110.

(e) The grant or withdrawal of nationality by the authorities of other States : Crawford, *American Journal of International Law*, Vol. 75 (1981), p. 820 at p. 856.

(f) The legislative acts of a foreign State and measures taken in pursuance thereof : H. Lauterpacht, *op. cit. supra* at p. 237 ;

Lalive, *op. cit. supra*, p. 285 ; *Victory Transport Inc. v. Comisaría General, supra*.

(g) Funds or other assets in the possession of an escrow agent or stakeholder exclusively for the purpose of implementing an inter-governmental agreement : see the analogy provided by the decision in *U.S.A. and Republic of France v. Dollfus Mieg* [1952] A.C. 582, and especially *per* Lord Radcliffe at pp. 615, 618-19 (and cf. *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad* [1958] A.C. 379 *per* Lord Denning at pp. 422, 423).

(h) Acts concerning the armed forces : see Lalive, *op. cit. supra*, pp. 285-6 ; *Victory Transport Inc. v. Comisaría General, supra*.

(i) Acts contrary to the principles of international law in the matter of diplomatic immunities : see Lauterpacht, *op. cit. supra*, at pp. 238-9 ; Lalive, *op. cit. supra*, p. 286 ; *Victory Transport Inc. v. Comisaría General, supra* ; the *Philippines Embassy* case, 38 *Z.a.ö. R.u.V.* (1978), p. 242 ; Sinclair, 167 *Hague Recueil*, pp. 240-2.

(j) Acts contrary to the principles of international law in the matter of consular immunities : as is obvious, this is an extension by analogy of the previous category.

(k) Acts contrary to the principles of international law concerning special missions : once again, the extension is by analogy with the previous two categories. However, in this case care must be taken not to assume that the Convention on Special Missions of 1969 in all respects necessarily represents general international law.

(l) Public loans : there is some support for the view that issues relating to public loans are not within the competence of municipal courts. The relevant sources are as follows : Lalive, 84 *Hague Recueil*, p. 209 at pp. 285-6 ; and *Victory Transport Inc. v. Comisaría General, supra*. See also Article 4 of the Resolution adopted by the Institute in 1954 ; *Annuaire*, 1954, II, pp. 293, 301.

(m) The assets of a State central bank held by it for central banking purposes and the operations of a central bank (or other entity) as a State monetary authority : see the United Kingdom, State Immunity Act, 1978, section 14(4) ; Canada, State Immunity Act, 1982, section 11(4) ; United States, Foreign Sovereign Immunities Act, 1976, section 1611. For criticism see Mann, *British Year Book*

of *International Law*, Vol. 50 (1979), pp. 61-62. See further Crawford, *ibid.*, Vol. 48 (1976-7), p. 362; and Vol. 50 (1979), pp. 223-4.

(n) Acts relating exclusively to the implementation of the foreign policy of a State: see Crawford, *American Journal of International Law*, Vol. 75 (1981), p. 820 at p. 856. The English courts in effect disregarded this principle (the case of the *Marble Islands*) in the litigation known as *I Congreso del Partido* [1981] 3 W.L.R. 328, House of Lords; comment by Crawford, *British Year Book*, Vol. 52 (1981), pp. 314-19; Sinclair, 167 *Hague Recueil*, p. 213. For a different approach see *Buttes Gas and Oil Co.* case [1981] 3 W.L.R. 767, House of Lords, and comment by Crawford, *British Year Book*, Vol. 53 (1982), pp. 264-8 (not yet published).

19. It must be emphasised that the above list of cases of incompetence is expository in character and is on a provisional basis, the purpose being to raise issues of principle. At the risk of stating the obvious, the incompetence of the municipal court has no effect on the question of the incidence of State responsibility in respect of the subject matter.

VII. — *The Principle of Consent.*

20. The principle of consent plays an important role in the sphere of State Immunity and, whilst the issues are not matters of controversy, the principle underlines the framework of general international law within which "the problems of State Immunity" should be approached.

21. When a territorial sovereign invites or allows another State to penetrate the sphere of its jurisdiction "in spatial terms", the regime of privileges and immunities will depend on the conditions upon which such consent was given. If privileges and immunities are accorded by express grant, their juridical basis is the principle of consent in State relations¹.

In the same context a foreign State may make a voluntary submission to the jurisdiction by a prior written agreement, by the

¹ See, for example, the Agreement between the United Kingdom and the U.A.R. concerning the Tutankhamen Exhibition: U.K. *Treaty Series* No. 19 (1972), Cmnd. 4898.

institution of proceedings in the courts of another State, or by intervening in the proceedings or defending on the merits. As is well understood, this submission extends to any counter-claim which is in the nature of a defence to the action rather than a cross-action.

22. In the case where a State is sought to be impleaded and a claim to immunity is available, then an express waiver will avoid the immunity. There are no apparent applications of the principles of *jus cogens* which would place restrictions on the power to make waivers. However, even in the face of an express waiver a municipal court may still decide that it lacks competence, for example in the absence of a respectable legal basis for the exercise of jurisdiction.

VIII. — *Heads of State and Ministers of Foreign Governments.*

23. International law recognises the extraterritoriality of Heads of State and ministers of foreign governments. This bundle of immunities and privileges contains elements of immunity both *in personam* and *ratione materiae* and is in fact *ex officio*. It is normal for a Head of State, in the course of a visit to a foreign country, to continue to conduct affairs of State with the express or implied consent of the territorial sovereign. Both the person of such visitors and the affairs of State conducted by them lie outside the competence of the local jurisdiction, judicial and otherwise.

24. It is not assumed that the Commission should include the topic of the immunities of Heads of State, etc. However, the general subject of State Immunity is more amenable to rational treatment if the *different* aspects of the subject are identified and isolated. For it is the honorific and ceremonial features of the immunity of sovereigns *in person*, or their representatives, which have reacted, often in exaggerated forms, upon the topic of State Immunity in general. At any rate the immunity of "personal sovereigns" is primarily an immunity *ratione materiae*: see Sinclair, 167 Hague *Recueil*, pp. 197-8. Aside from the personal inviolability and privileges which customary law calls for, the other aspects of the "immunity" of Heads of State and Ministers will be covered by the categories of so-called immunity *ratione materiae* (above,

para. 18) : that is to say, the incompetence of municipal courts in respect of certain subject-matter.

IX. — *Foreign Armed Forces.*

25. In the process of a comprehensive survey of the relations of the subject of immunity it is necessary, at least by way of exposition, to refer to the question of foreign armed forces. It will be recalled that the often quoted decision of Marshall C.J. in the *Schooner Exchange* related to the grant of free passage of foreign troops. The literature employs convenient rubrics to introduce the discussion of the status of visiting forces in time of peace. At first sight, the subject appears as a new department of the law of sovereign immunity. However, properly analysed the material can be, according to the circumstances, subsumed under other legal principles and categories. In particular, in many cases the privileges and immunities must depend upon a regime of consent normally formulated in a bilateral agreement. In other respects the subject-matter will fall within the categories of incompetence *ratione materiae* noted above (para. 18).

26. In so far as emplacement of forces on foreign territory involves entering upon various contracts and other transactions of a private law character, the appropriate principle of immunity, including the exceptions thereto (see below), will apply (unless such matters have been regulated by a special arrangement).

X. — *Policy Considerations: the Justification of the Principle of State (or Sovereign) Immunity.*

27. It is not necessary to rehearse the justifications to be found in the literature. Succinct accounts can be found in many sources : see, for example, O'Connell, *International Law*, 2nd ed., 1970, II, pp. 821-4 ; Rousseau, *Droit international public*, IV, 1980, pp. 9-11 ; Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3rd ed., 1979, pp. 325-6 ; Sinclair, 167 *Hague Recueil* (1980, II), pp. 197-210. The choice of a "global" rationale or guiding principle is, in any case, a *modus operandi* of doubtful validity. In the first place, the "problem of State immunity" is a house with many rooms. Secondly, the balance of interests, the incidence of policy consi-

derations, may not be uniform as between the various departments of the subject.

28. The focus upon the selection of a particular *rationale* has other limitations. Often the "policy consideration" selected or preferred represents a conclusion rather than a premiss. Such a focus also has an unfortunate tendency to weaken the relations of the subject with the general framework of relevant legal principles. Lastly, whatever the justification for a principle of *immunity*, the further, and more difficult, question is to identify the appropriate limits of such immunity.

XI. — *The General Principle of Immunity.*

29. The normal practice has been and remains to state a general principle of immunity and then to formulate exceptions. Recent legislation in the United Kingdom and Canada adopts a general rule of immunity, and so does the European Convention on State Immunity. Given the economy of the law, which involves the premiss of territorial jurisdiction into which the foreign State is allowed to penetrate on certain conditions set by the principle of consent and by other rules of international law, the general principle of immunity is understandable and probably justified on empirical grounds.

30. No doubt the formulation of such a principle with exceptions has implications for the burden of proof in particular episodes of litigation, but the significance of such a formulation should not be overestimated. If, as seems to be the case, the subject-matter of "State Immunity" is somewhat diverse, and the law more or less "departmental", then the importance of the "generality" of the principle is much diminished. Thus the strength of "immunity" will vary according to the subject-matter. In certain aspects of incompetence *ratione materiae* the immunity (so-called) will be emphatic. In other cases, when ordinary transactions of private law are involved, the incidence of immunity will depend upon the application of appropriate criteria uninfluenced by any dominant flavour of immunity.

XII. — *The Problem of Commercial Transactions entered into by the State.*

31. For nearly a hundred and fifty years the municipal courts of various States have faced the problem of foreign States reneging on transactions of a private law character entered into in the course of conducting their affairs in other countries :

- the issuing of bonds on the market ;
- the operation of vessels for commercial purposes ;
- the leasing of premises ;
- the purchase of premises ;
- the chartering of vessels to transport materials ;
- the purchase of supplies, such as cigarettes, boots or uniforms, for the armed forces ;
- the employment of personnel ; etc.

32. The members of the Commission will be familiar with the evidence of the trend in the jurisprudence of municipal courts toward what is called "restrictive immunity". This trend impressed the West German Federal Constitutional Court in 1963 in the *Claim against the Empire of Iran* case ; *International Law Reports*, Vol. 45, p. 57 ; which concerned proceedings for payment of a sum due in respect of repairs carried out to the heating system of the Iranian Embassy on the instructions of the Ambassador. After a survey of the evidence the Court concluded :

"From the practice of the courts it can no longer be deduced, in the face of this situation, that the granting of unrestricted immunity can still to-day be regarded as a usage followed by the great majority of States in the belief that it is legally obligatory."

33. The essence of the reasoning of the Federal Constitutional Court was, quite simply, that the former principle had ceased to be a rule of customary (or general) international law. For present purposes, the correctness of this view is not in issue : nor is it necessary to decide whether, and if so when, the former principle had been replaced by a *new* principle of customary law. Certainly, even in 1983, it is relatively easy to decide that the former rule has disintegrated but difficult to assess what principle, if any, has

taken its place. However, the intention of the Rapporteur is to attend to possible *solutions* to the problems of principle and policy, and not to present precise conclusions on the state of evolution of the law.

34. The practice of municipal courts in a number of States has developed a distinction between acts *jure gestionis* and acts *jure imperii*, the latter alone attracting sovereign immunity. This development will be familiar to members of the Commission. Associated with this distinction is a *datum*, or ideological premiss, that certain functions are properly State or sovereign functions and others do not involve, *as a matter of essence*, the *puissance publique*.

35. The Rapporteur is of the opinion that this approach is, as a matter of principle, unsuitable for the development of the law on a stable foundation. In the first place, as Fitzmaurice pointed out many years ago, "a sovereign State does not cease to be a sovereign State because it performs acts which a private citizen might perform" (*British Year Book*, Vol. 14, p. 117, at. p. 121). In other words there is a logical contradiction in seeking to distinguish the "sovereign" and "non-sovereign" acts of a State. In attempting to apply such a distinction, municipal courts inevitably apply the ideological conceptions and policy preferences of the particular forum, and such a *modus operandi* is not suited to the evolution of an acceptable international standard. It should be recalled that the views of western societies on the proper sphere of State activity have changed from time to time.

36. The result of the attempts by municipal courts to apply the distinction between acts *jure gestionis* and acts *jure imperii* has not been impressive. The jurisprudence has been inconsistent and thus there are differing decisions in the various States on the classification of the purchase of military equipment, the purchase of goods for sale to the population of the State, and the operation of railways. An appropriate legal regime should produce more consistent results and not allow so much discretion to the domestic courts.

XIII. — *The Possible Solutions.*

37. At this first stage of the work of the Commission it may be helpful, by way of a memorandum, to record three solutions which

emerge from the literature and from the recent European Convention and other materials. Before rehearsing these solutions, it is to be noted that the approach adopted by the Institute in Article 3 of the Resolution of 1954 is not very helpful. That Article employs the criterion « si un acte n'est pas de puissance publique ». This criterion, with respect, can only be regarded as a *petitio principii*. Moreover, the Article provides that the question of immunity — in terms of the criterion of *puissance publique* — is to be decided in accordance with the law of the forum. Quite simply, this solution is difficult to reconcile with the normal principles delimiting the role of municipal courts in respect of questions of international law.

(a) *Sir Hersch Lauterpacht*

38. In a well-known article published in the *British Year Book of International Law* (Vol. 28 [1951], p. 220 at pp. 236-41), Hersch Lauterpacht proposed the abolition of the rule of immunity, subject to specified safeguards and exceptions. The exceptions were stated in terms of "immunity", but in fact tend to fall within the cases sometimes described as immunity *ratione materiae* (see above, paras. 16-19). The exceptions were specified by Lauterpacht in the form of four categories :

(1) The legislative acts of a foreign State ;

(2) The executive and administrative acts of the foreign State within its territory ;

(3) Contracts made by or with a foreign State which, by virtue of the rules of private international law applied by the courts of the State of the forum, lie outside their jurisdiction ;

(4) No action should lie or execution be levied against a foreign State contrary to the accepted principles of international law in the matter of diplomatic immunities.

39. The scope of the third exception is elucidated by Lauterpacht (pp. 239-40) when he says that the exceptions (to the principle proposed) do not include "contracts made and torts committed by a State outside its territory". The writer continues :

" Thus, if the cause of action arises out of a contract for the purchase of goods, there should be no room for immunity, regardless

of whether the contract is for purchase of equipment for the army or whether it is made for the purpose of making a financial profit. To that extent the solution here outlined is based on a restricted interpretation of acts *jure imperii*. While not countenancing the assumption of jurisdiction in a way calculated to interfere with the sovereign rights of States, that solution does not adopt as the basis of legislation the distinction, which experience has proved to be impracticable and productive of uncertainty, between acts *jure gestionis* and acts *jure imperii*."

40. It may be observed that Lauterpacht's approach, whilst eschewing the *jure gestionis* / *jure imperii* distinction, nevertheless necessarily involves drawing a line between the fairly broad categories of immunity and the sphere of the "liability". The writer's description of his proposed regime as involving the "abolition" of the rule of immunity has no clear analytical implications (see his text at p. 237 and the passage [from pp. 239-40] set forth in the previous paragraph).

(b) *The Proposal of the Rapporteur in 1973*

41. In the second edition (1973) of his *Principles of Public International Law* the present Rapporteur outlined a proposal for reform which was based upon two fundamental principles of international law: the principle of the territorial jurisdiction of the State (which is exclusive), and the principle of consent (which allows the territorial sovereign to set conditions for the entry of foreign States into the domain of its territorial jurisdiction). The text of the proposal follows¹:

"A fresh approach to the problem would be as follows. The concepts of sovereign immunity ..., the exclusive jurisdiction of the state within its own territory, and the need for an express licence for a foreign state to operate within that national jurisdiction ..., can be taken as starting points. Each state has an existing power, subject to treaty obligations, to exclude foreign public agencies, including even diplomatic representation. If a state chooses, it would enact a law governing immunities of foreign states which would enumerate those acts which would involve acceptance of the local jurisdiction. Such acts would probably include the making of contracts expressed to be subject to private law and the acceptance

¹ *Principles*, 3rd ed., 1979, p. 334. For comment see Sinclair, *Hague Recueil*, vol. 167, pp. 215-16.

of arbitration clauses. The existence of such legislation would be notified to foreign states having trade relations with the host state; a commencement date would be set well in advance to allow convenient withdrawal if necessary; and vested rights could be reserved. States would thus be given a licence to operate within the jurisdiction with express conditions and the basis of sovereign immunity, as explained in the *Schooner Exchange*, would be observed. Such a legal regime would be subject to the inevitable immunity *ratione materiae* ..., and the principles of international law as to jurisdiction. The approach suggested would avoid the difficulties of the distinction between acts *jure gestionis* and acts *jure imperii*. For example, if an agreement were made in private law form, without any reservation as to its legal character, for the purchase of supplies for armed forces of a foreign state, local law (including conflict of laws rules) would be applicable. The legislation envisaged above could also specify which, if any, assets or types of asset, would be subject to attachment and execution."

42. Both this proposal and the position adopted by Hersch Lauterpacht set aside the distinction between acts *jure gestionis* and acts *jure imperii*, but involve establishing a frontier of the competence of domestic courts in respect of the sphere of so-called "immunity *ratione materiae*".

(c) *The European Convention on State Immunity (1972)*

43. A third model for reform is presented by the European Convention adopted in 1972. It may be noted at the outset that the Convention in general avoids the distinction between acts *jure gestionis* and acts *jure imperii* (but see Article 27, paragraph 2). The following four articles provide a sufficient sample of the general approach of the Convention (which applies a general rule of immunity from jurisdiction with exceptions: see Article 15):

Article 5

1. A contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if the proceedings relate to a contract of employment between the State and an individual where the work has to be performed in the territory of the State of the forum.

2. Paragraph 1 shall not apply where:

(a) the individual is a national of the employing State at the time when the proceedings are brought;

(b) at the time when the contract was entered into the individual was neither a national of the State of the forum nor habitually resident in that State ; or

(c) the parties to the contract have otherwise agreed in writing, unless, in accordance with the law of the State of the forum, the courts of that State have exclusive jurisdiction by reason of the subject-matter.

3. Where the work is done for an office, agency or other establishment referred to in Article 7, paragraphs 2(a) and (b) of the present Article apply only if, at the time the contract was entered into, the individual had his habitual residence in the Contracting State which employs him.

Article 6

1. A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if it participates with one or more private persons in a company, association or other legal entity having its seat, registered office or principal place of business in the territory of the State of the forum, and the proceedings concern the relationship, in matters arising out of that participation between the State on the one hand and the entity or any other participant on the other hand.

2. Paragraph 1 shall not apply if it is otherwise agreed in writing.

Article 7

1. A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if it has in the territory of the State of the forum an office, agency or other establishment through which it engages, in the same manner as a private person, in an industrial, commercial or financial activity, and the proceedings relate to that activity of the office, agency or establishment.

2. Paragraph 1 shall not apply if all the parties to the dispute are States, or if the parties have otherwise agreed in writing.

Article 8

A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State if the proceedings relate :

(a) to a patent, industrial design, trade-mark, service mark or other similar right which, in the State of the forum, has been applied for, registered or deposited or is otherwise protected, and in respect of which the State is the applicant or owner ;

(b) to an alleged infringement by it, in the territory of the State

of the forum, of such a right belonging to a third person and protected in that State ;

(c) to an alleged infringement by it, in the territory of the State of the forum, of copyright belonging to a third person and protected in that State ;

(d) to the right to use a trade name in the State of the forum.

XIV. — *The Preferred Solution.*

44. For present purposes the question of immunity from attachment and execution is reserved (see below, section XVII).

45. The solution which is preferred (subject always to the views expressed by other members of the Commission) reflects various elements to be found in the three solutions described in paragraphs 37 to 43 above, but is not identical with any one of them. The nature of the solution now to be put forward can best be explained on the basis of factual examples. Thus :

(a) One or more governments, parties to an international agreement and acting under the terms of that agreement, deposit funds (in the form of a bank deposit) in the forum State. The funds are to be used, subject to certain contingencies, exclusively for the purpose of implementing the provisions of the international agreement. Private creditors of the Government of Ruritania seek to bring actions in the forum State in respect of the funds, on the basis that the funds had been provided by, and were attributable to, the Government of Ruritania.

Immunity should be given to the funds in face of such claims. However, the funds would not be protected against procedures involving debts arising from the provision of banking services by the bank concerned.

(b) Officials of a foreign embassy conclude contracts for the carrying out of repairs on the lift installation and the heating system in the embassy. Payment for the work done under the contracts is not made in due time.

The contractual arrangements concerned are necessary incidents of the business of maintaining a mission and related to the overall purpose of effective diplomatic representation. However, when such ordinary transactions are concluded in the context of the

local law and legal system, on a private law basis, immunity from jurisdiction is not justifiable. The local jurisdiction is *appropriate* in the first place. At the same time general principles of law (the principles of good faith, reliance and unjust enrichment) work in favour of the existence of jurisdiction. The embassy officials must know that the contractors carrying out work on their orders do not expect to obtain payment as a consequence of a diplomatic claim. Moreover, to default on private law transactions can hardly increase the effectiveness of the diplomatic mission. Rather such behaviour will be an efficient generator of ill-will and create a climate in which it may be difficult to obtain local services.

(c) The owners of a ship charter her to a foreign State to transport wheat purchased under a commodities agreement with another State. The charter agreement contains an arbitration clause (referring to commercial arbitration in the ordinary form). The ship is damaged in discharging cargo and the owners seek to compel arbitration in the pertinent municipal courts.

Similar reasoning applies to this situation. The charter and its arbitration clause are transactions based in private law and in ordinary commercial forms. They are incidental to the implementation of an international agreement but the means chosen involve ordinary private transactions. The State charterer has chosen, it must be presumed, the most effective and convenient method of achieving the particular purpose. The method chosen involves the risk of arbitration. Such risks, incidental to the method chosen, are themselves an emanation of the *puissance publique* and, on the basis of the principles of good faith and reliance, cannot be avoided if they mature. Moreover, arbitration is clearly the *appropriate* forum in such a case and immunity has no justification.

(d) The property of the nationals of State A is expropriated by State B, in the territorial jurisdiction of which the property was situated. The owners bring an action in the courts of State A to challenge the validity of the expropriation.

In such circumstances there is immunity *ratione materiae* (so-called). Whilst there is room for a different view, it is doubtful if the courts of State A provide an appropriate forum and, indeed, the issue of "immunity" often presents itself only because the courts of State A are willing to assume jurisdiction on some narrow

and artificial basis. The expropriation, whether as an administrative measure or a legislative act of State B, falls within the principle of *incompetence* of the municipal courts set forth in paragraphs 16 and 17 above.

(e) State A grants extensive facilities for a military airbase to State B, a "superpower", and also gives permission for the servicing of aircraft armed with nuclear weapons. Beyond the provision of a site, the construction work is undertaken on the orders of officials acting in the name of State B. Numerous contracts are made with surveyors, construction engineers and others.

So far as such contracts are concerned, the reasoning set forth above in relation to cases (b) and (c) is clearly applicable. If immunity — that is to say, freedom from action in the local courts — is wanted, then State B should have insisted that all the construction work should be carried out, in accordance with the provisions of an international agreement, by State A. Otherwise the contractual arrangements are justiciable in the local courts.

But let us suppose a different type of proceedings. X applies to the courts of State A asking for a declaration and injunction to prevent the construction of the airbase. The declaration sought would be to the effect that :

(a) the airbase would involve breach of a treaty (by which State B is bound) creating obligations in respect of the deployment of nuclear weapons in a region defined so as to include State A ; and

(b) the creation of the airbase would be illegal as a consequence of the illegality of nuclear weapons in international law.

No doubt there would be a number of issues as to the justiciability of such proceedings, but one ground of non-justiciability would be the incompetence of the local courts in a matter which concerned the actual conduct of the foreign and defence policies of State B. The policies as such are not justiciable. On the other hand, the risk of actions on construction contracts and the like does not collide with or impede the conduct of policies and the decision to seek facilities in State A.

46. It is now possible to summarise the elements in the solution preferred. The quest is for the *critical elements* in deciding whether the local courts are competent or not: it is *criteria* and *indicia* which are called for, and not some *single* "principle" of useless generality. Thus the preferred solution avoids the following solutions based upon a single more or less question-begging principle:

(a) the identification of acts *jure gestionis*;

(b) reference to the criterion of "commercial activity" (I.L.A. Draft Convention on State Immunity);

(c) the criterion of "an activity in which private persons or entities may engage" (Report of Ambassador Sucharitkul in 1982, A/CN.4/357).

XV. — *The Critical Elements.*

47. The critical elements are based upon two principal distinctions:

(a) The distinction between a subject-matter which is not *appropriate* for examination by municipal courts and that which is: in other words, the identification of those areas of municipal court incompetence often described as immunity *ratione materiae* (paragraphs 16 to 19 above).

(b) The distinction between the *essence* of national policies and the *normal risks* of implementation by means of private law transactions (see paragraph 45, cases (b), (c) and (e)).

48. The Rapporteur believes that it is misleading to focus upon "commercial activity" since that is not only difficult to define in practice, but presents a too narrow focus. The maintenance of a diplomatic mission, or the construction and maintenance of a naval or other base on foreign soil, are clearly not commercial activities, but they normally involve the conclusion of transactions in the context of the local legal system. The "commercial activity" criterion seems bound to generate the same difficulties as the distinction between acts *jure gestionis* and acts *jure imperii*. At the same time the Rapporteur's approach denies immunity to commercial activity *ex hypothesi*.

49. The critical elements stated :

(i) If the implementation of State policies necessarily involves the making of transactions within the context of a system of local law (including reference to commercial arbitration), the State takes the risk of accountability *within that system of local law*.

(ii) Such accountability is compatible with the principle of consent, since the foreign State can always choose to avoid such transactions: it becomes a "visitor" to the jurisdiction at its own choice and can always stipulate for *treaty* performance of servicing operations.

(iii) Such accountability within the system of local law is justified by certain general principles of law (*cf.* the Statute of the I.C.J.) and, in particular, the principles of good faith, of reliance and of unjust enrichment.

(iv) Given the private law character of the transactions, municipal courts provide the *appropriate* forum. There is a certain parallel with the local remedies rule but with important differences: in the present context there would often be no cause of action available on the international plane and almost certainly no remedy available in the courts of the defendant State.

(v) It is not acts *jure imperii as such* which are to be outside the competence of municipal courts but the *policies*, both foreign and domestic, which are protected from such examination.

(vi) Certain subject-matter is protected on grounds of propriety and as a consequence of the principle of non-intervention: these considerations apply to the constitutions of foreign States, their internal administrative acts, and the assets and operations of central banks.

(vii) Certain subject-matter is protected on general grounds of *international* public policy (and other principles in certain cases). The following are examples of such protection:

(a) Arbitrations between States *vis-à-vis* the place of the arbitration.

(b) Funds held exclusively for the purpose of implementing an intergovernmental agreement.

(c) Diplomatic missions.

(d) Heads of State and Ministers of Foreign Governments.

XVI. — *Non-contractual Aspects.*

50. The criteria indicated in Sections XIV and XV above apply without much difficulty in other cases.

(a) Where a foreign State has acquired *industrial property* in the State of the forum.

(b) Rights or interests in or use of *immovable property*, which the defendant State owns or possesses or in which it claims an interest, and which is situated in the territory of the State of the forum.

(c) Proceedings which relate to the *acquisition* by a foreign State by *succession or gift or bona vacantia* of movables or immovables subject to the jurisdiction of the State of the forum.

(d) *Judicial administration* or supervision of the administration of *property*, such as trust property, in which a foreign State claims a right or interest.

51. It will be obvious that the last three cases have long been accepted as "exceptions to the rule of absolute immunity".

52. The issue of *private law delicts (torts)* committed in the State of the forum is dealt with in the European Convention (Article 11). Thus :

"A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the fact which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred."

53. The question of private law delicts (torts) has not received much attention (but see Lauterpacht, *British Year Book*, Vol. 28 [1951], pp. 220, 237-8, 239). A similar provision appears in the I.L.A. Draft Convention of 1982 (Article IIIF). No doubt the absence of immunity can be based upon the considerations set forth in respect

of cases (b), (c) and (e) (paragraph 45 above). In particular, the courts of the *locus in quo* are the appropriate forum. The competence of the local courts is in any case restricted by the principles concerning diplomatic agents: see Brownlie, *Principles*, 3rd ed., pp. 354-7; Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961, Articles 31, 32, 37, 38 and 39.

XVII. — *Attachment and Seizure in Execution.*

54. There can be no doubt that this is one of the most sensitive areas of the subject referred to the Commission. It is well-known that the majority of those States which have rejected the principle of absolute immunity still tend to draw the line at enforcement action against the property of a foreign sovereign. However, recent developments have put a certain pressure on this inner redoubt of State immunity.

55. The European Convention of 1972 to some extent skirts round the issue of execution by creating a primary obligation of the State to give effect to the judgment (Article 20). However, Article 23 prohibits "all measures of execution or preventive measures against the property of a Contracting State". Perhaps the most interesting provisions are to be found in the I.L.A. Draft Convention of 1982 :

" Article VII

Immunity from Attachment and Execution

A foreign State's property in the forum State shall be immune from attachment, arrest, and execution, except as provided in Article VIII.

Article VIII

Exceptions to Immunity from Attachment and Execution

A. — A foreign State's property in the forum State shall not be immune from any measure for the enforcement of a judgment or an arbitration award if :

1. The foreign State has waived its immunity either expressly or by implication from such measures. A waiver may not be withdrawn except in accordance with its terms ; or
2. The property is in use for the purposes of commercial activity or was in use for the commercial activity upon which the claim is based ; or

3. Execution is against property which has been taken in violation of international law, or which has been exchanged for property taken in violation of international law and is pursuant to a judgment or an arbitral award establishing rights in such property.

B. — In the case of mixed financial accounts that proportion duly identified of the account used for non-commercial activity shall be entitled to immunity.

C. — Attachment or execution shall not be permitted if :

1. The property against which execution is sought to be had is used for diplomatic or consular purposes ; or
2. The property is of a military character or is used or intended for use for military purposes ; or
3. The property is that of a State central bank held by it for central banking purposes ; or
4. The property is that of a State monetary authority held by it for monetary purposes ;

unless the foreign State has made an explicit waiver with respect to such property.

D. — In exceptional circumstances, a tribunal of the forum State may order interim measures against the property of a foreign State available under this convention for attachment, arrest, or execution, including prejudgment attachment of assets and injunctive relief, if a party presents a *prima facie* case that such assets within the territorial limits of the forum State may be removed, dissipated or otherwise dealt with by the foreign State before the tribunal renders judgment and there is a reasonable probability that such action will frustrate execution of any such judgment."

56. The difficulties attending the subject are apparent from a perusal of three of the more helpful sources. The first is the decision of the German Federal Constitutional Court of 13 December 1977 in the *Philippines Embassy* case (*Z.a.ö.R.u.V.*, Vol. 38 [1978], p. 242). The other two sources are as follows: Sinclair, *Hague Recueil*, Vol. 167, pp. 218-42 ; and Crawford, *American Journal*, Vol. 75 (1981), pp. 820-69.

57. As a matter of State practice the distinction between immunity from jurisdiction and immunity from execution is well recognised and, as Sinclair has pointed out, the distinction reflects differences of degree in the susceptibilities of States. Moreover, it is well established that waiver of immunity from jurisdiction does

not entail waiver of immunity from execution. In spite of these factors, the immunity "from execution" is essentially the same immunity as that "from jurisdiction". The considerations of principle and policy are substantially identical in both cases. Notwithstanding the empiricism of the State practice, the position which can be justified in the context of jurisdiction can be justified also in the context of attachment and execution. If immunity were to be accepted at the second stage, the overall justification for immunity is recognised and thus, so to speak, "the pass is sold".

58. The provisional view adopted by the Rapporteur is based on the assumption that the principles applicable to immunity from jurisdiction are applicable to attachment and seizure in execution. The "critical elements" set forth above (paragraphs 47 to 49) are thus applicable. There is no qualitative difference between the two categories but there may be differences of application appropriate to variations in the subject-matter. In a general way the provisions (above) of the I.L.A. Draft Convention reflect the overall unity of the subject, as does the treatment by Crawford (*op. cit.*, at pp. 860 *et seq.*).

59. There are, of course, some difficult problems to be faced in applying the relevant principles to cases of execution, but these are problems of application *in concreto* which are no more serious than those relating to immunity from jurisdiction. The decision of the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in the *Philippines Embassy* case is of considerable interest in this connection. The case involved an action for arrears of rent in respect of a house used as an office of the Philippines Embassy in Bonn. The claimant eventually obtained an enforcement and garnishee order on two bank accounts which the Philippines Embassy maintained with a bank in Bonn. The Court was much impressed, no doubt rightly, by the fact that the measures proposed (by the local court) were directed against the general current account of the sending State. The essence of the Court's reasoning appears in the following passage :

"The settlement of the expenditure and running costs of an embassy through a general current account of the sending State with a bank in the receiving State directly appertains to the maintenance

of diplomatic functions of the sending State although transactions which are settled through such an account may be carried on in relation to the bank or to third parties as part of legal relationships or types of activity which, according to their respective legal nature, may be classified as *jure gestionis* activities. The claims of the sending State against the bank arising out of such an account enjoy therefore in any case, by virtue of general international law, the immunity provided for diplomatic missions as regards enforcement."

60. The cases of mixed purpose accounts are perhaps the most recalcitrant and the idea of attachment *to the extent* that a fund is used for non-immune purposes faces a number of problems in practice. A possible solution would be the requirement by the receiving State that a special fund be set up by the sending State which would service claims in respect of non-immune subject-matter, and which would not itself generate immunity.

XVIII. — *Political Subdivisions and State Instrumentalities.*

61. The application of the principles of State Immunity to various political subdivisions and agencies of the State is a familiar source of problems and the case-law is confused and reveals no consistent principles. The relevant provisions of the European Convention are as follows :

" Article 27

1. For the purpose of the present Convention, the expression " Contracting State " shall not include any legal entity of a Contracting State which is distinct therefrom and is capable of suing or being sued, even if that entity has been entrusted with public functions.

2. Proceedings may be instituted against any entity referred to in paragraph 1 before the courts of another Contracting State in the same manner as against a private person ; however, the courts may not entertain proceedings in respect of acts performed by the entity in the exercise of sovereign authority (*acta jure imperii*).

3. Proceedings may in any event be instituted against any such entity before those courts if, in corresponding circumstances, the courts would have had jurisdiction if the proceedings had been instituted against a Contracting State.

Article 28

1. Without prejudice to the provisions of Article 27, the constituent States of a Federal State do not enjoy immunity.

2. However, a Federal State Party to the present Convention, may, by notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe, declare that its constituent States may invoke the provisions of the Convention applicable to Contracting States, and have the same obligations.

3. Where a Federal State has made a declaration in accordance with paragraph 2, service of documents on a constituent State of a Federation shall be made on the Ministry of Foreign Affairs of the Federal State, in conformity with Article 116.

4. The Federal State alone is competent to make the declarations, notifications and communications provided for in the present Convention, and the Federal State alone may be party to proceedings pursuant to Article 34."

62. The I.L.A. Draft Convention of 1982 deals with the issue in Article I (Definitions). Thus :

" B. — *Foreign State*

The term " foreign State " includes :

1. The government of the State ;
2. Any other State organs ;
3. Agencies and instrumentalities of the State not possessing legal personality distinct from the State ;
4. The constituent units of a federal State.

An agency or instrumentality of a foreign State which possesses legal personality distinct from the State shall be treated as a foreign State only for acts or omissions performed in the exercise of sovereign authority, i.e. *jure imperii*."

63. The solutions adopted in these provisions are far from being satisfactory. In particular, it is inconvenient to adopt the test of distinct legal personality and then to rely, in the final analysis, upon a reference to acts performed by the entity "in the exercise of sovereign authority" (*acta jure imperii*). It is doubtful whether separate incorporation as a legal person under municipal law should preclude immunity automatically (and the provisions quoted in effect support this view). In practice immunity has been accorded to a private corporation in which a foreign government has a controlling interest : see *Re Investigation of World Arrangements with Relation to Petroleum* (1952), *International Law Reports*, Vol. 19 (1952), No. 41. It is in any case contrary to good policy that a

standard of international law should depend closely upon the accidents and complexities of domestic law.

64. The Rapporteur would make the following provisional proposal. The incidence of immunity should depend upon the general criteria applicable to the identification of subject-matter in regard to which municipal courts lack competence. *It is the nature of the activity and not the relationship of the given entity to the State which is the key.* Indeed, once it is accepted that the mere fact that State activity is involved is not the determinant of immunity, the status of the entity concerned is reduced in significance. Moreover, if the focus is too exclusively upon the status of the entity (in general), the tendency is to divert attention from the nature of the activity and purpose, in the light of all the circumstances, on a particular occasion.

65. The legal status of the entity concerned must be regarded as merely a part of the *evidence* of the nature of the activity on a particular occasion. In this part of the law, the need, it is submitted, is for an *absence* of dogmatic indications and conclusive criteria.

66. These considerations apply with equal force to the position of constituent units of federal States.

XIX. — *Role of the Questionnaire.*

67. The role of the *Questionnaire* (which is appended) is to some extent formal. It goes without saying that I would find it useful to receive the views of the members of the Commission on any matters which they consider to be relevant, whether or not there is a corresponding question to be found in the *Questionnaire*.

Oxford, 17th May 1983.

Questionnaire

1. Do you agree that the words "recent aspects" in the mandate of the Commission should be interpreted with a certain liberality?

2. Can the categories of immunity *in personam* and *ratione materiae* be given a useful function?

3. To what extent, if at all, can municipal courts be given a discretion in according or withholding immunity?

4. Are the examples given in paragraph 18 acceptable as indicating, in whole or in part, the proper sphere of the incompetence of municipal courts?

5. Do you have any views on the role of the principle of consent in relation to State Immunity?

6. Should the Commission refer to the question of "Heads of State and Ministers of Foreign Governments" in the course of its work?

7. Do you agree that the subject "foreign armed forces" can be subsumed under existing legal categories and does not constitute a special legal category of its own?

8. Have you any particular observations to make in respect of the policy considerations underlying the concept of State Immunity?

9. Is the formulation of a general principle of immunity justifiable?

10. Do you accept that the distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis* is unsuitable as a basis for the development of the law?

11. What is your opinion of the Rapporteur's "preferred solution" set forth in paragraphs 44 to 53 of the *Preliminary Report*?

12. If appropriate, would you indicate your alternative "preferred solution"?

13. Do you have any particular observations on the "non-contractual aspects" referred to in paragraphs 50 to 53 of the *Preliminary Report*?

14. What is the nature of the distinction between immunity from jurisdiction and immunity from execution (measures of enforcement) ?

15. Do you agree with the Rapporteur's provisional view on the question of attachment and execution ?

16. How would you approach the problem of general accounts highlighted in the *Philippines Embassy* case ?

17. What is your opinion of the following provision in the I.L.A. Draft Convention :

" Article III

Exceptions to Immunity from Adjudication

A foreign State shall not be immune from the jurisdiction of the forum State to adjudicate in the following instances *inter alia* :

.....

G. — Where the cause of action relates to rights in property taken in violation of international law and that property or property exchanged for that property is :

1. In the forum State in connection with a commercial activity carried on in the forum State by the foreign State ; or

2. Owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign State and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the forum State." ?

18. What are your views on the problem of political subdivisions (including constituent units of federal States) and State instrumentalities ?

19. Do you consider that the separate incorporation of an entity as a legal person under municipal law should automatically preclude immunity ?

Contemporary problems concerning the jurisdictional immunity of States

Les aspects récents de l'immunité de juridiction des États

(Fourteenth Commission)

Definitive Report and Draft Set of Resolutions

Ian Brownlie, Q.C.

I. — *Introduction.*

The Rapporteur is now able to present his Definitive Report and draft set of resolutions. The work has been prepared on the basis of the replies to the Questionnaire which accompanied the Preliminary Report and of a considerable amount of research. In particular, much benefit has been derived from the Reports prepared by Ambassador Sucharitkul for the International Law Commission and the Reports of the Commission to the General Assembly. It will be obvious that for the purposes of the present Report it has been necessary to adopt an economical presentation. As a result citation has been selective rather than systematic, and much material which has been considered is not reflected by annotation.

The objective of the Rapporteur has been to provide a *modus operandi* for authoritative decision makers and consequently the emphasis has been upon principle, policy considerations, and analytical convenience. In accordance with this method the Rapporteur has not had the purpose of discovering the present state of general international law concerning the jurisdictional immunity of States. Certainly, recent experience and certain trends in practice have been given appropriate attention, but it has been assumed that the Institute is not concerned to take on the role of codification or, indeed,

even the burden of identifying "emerging trends" in the practice of States.

II. — *The Justification of the Principle of State (or Sovereign) Immunity.*

A study of the judicial decisions and other source materials relating to the problem of "State immunity" or the "jurisdictional immunities of States" confirms the view of the Rapporteur that it remains necessary to subject the policy justifications concerning the principle of immunity to close examination. The concept of immunity is used all too promiscuously to embrace a great variety of situations and it may be assumed that different policy considerations and different balances among the policy considerations will apply from one case to another.

In the first place the concept of "immunity" is far from helpful. It tends to describe a result. However, so far as it indicates a conceptual foundation it is rather misleading. The term "immunity" suggests a physical arena of jurisdiction (the territorial or "host" State) into which another State or agency intrudes (the extra-territorial or "visitor" State). The resulting "collision" between sovereignties is then translated into the concept of "immunity from the jurisdiction" and the maxim *par in parem non habet jurisdictionem* is invoked.

Unfortunately, this image or metaphor is in many ways inappropriate and unhelpful. The fact is that the intrusion of the extra-territorial element — the diplomatic agent, the special mission, the stationing of armed forces — is normally based upon the consent of the territorial State and the "immunity" is thus not the result of the resolution of some figurative collision or conflict. The disputes which arise in practice concern very precise sets of facts in relation to which either the principle of consent or the relevant policy considerations speak with an uncertain voice.

In respect of those areas of difficulty occurring in practice reference to the principles of immunity, of equality of States, and of *par in parem non habet jurisdictionem*, is completely useless, since each of these principles simply begs the question. The question is, in any case, not so much that of justifying the *exclusion* of the jurisdiction of the territorial State but of recognising that *the*

nature of the issue may dictate that the court of the forum, as a domestic court, is not the *appropriate* forum.

Thus a high proportion of decisions classified as "cases involving State immunity" are in fact based upon so-called "immunity *ratione materiae*". Such decisions reflect a mixture of considerations but principally the principle of non-intervention in the internal affairs of other States (as a principle of general international law), together with substantial policy considerations pointing to the conclusion that the issue is appropriate for some other forum. Thus internal administrative acts of a State, such as the seizure of property, the arrest of a national, or the expulsion of an alien, are not properly justiciable in the courts of another State (even when there is "subject-matter jurisdiction") and the appropriate forum is the diplomatic one, or a procedure prescribed by treaty in certain cases, or the local remedies available in the courts of the "defendant" State. Another way of viewing the problem is to ask whether the cause of action is based essentially upon a violation of international law or upon legal relations within a national legal system. In these areas the position is, strictly speaking, not one of immunity but of non-justiciability (although often described as immunity *ratione materiae*).

In contrast to these areas of non-justiciability, there stands the area in which the implementation of State policies necessarily involves the making of transactions within the context of the system of local law within the territorial State. This area is exemplified by the cases involving contracts for the construction, repair or maintenance of embassy premises, the use of professional services for the mounting of exhibitions or publicity campaigns, and the employment of embassy personnel. Given the private law character of the transactions, municipal courts provide the appropriate forum, and the "visiting" State is expected to accept the normal risks of implementing State policies and to accept a procedural setting for dispute settlement which reflects the reasonable expectations of the parties, and is compatible with the legal principles of good faith, security (reliance), and unjust enrichment. The exercise of local jurisdiction is justified in this sphere: there is a cause of action based upon the local legal system, and there is no policy indicating non-justiciability. Whilst the private law transactions serve the

public interest of the visiting State, the nature of the method of implementing that public purpose justifies the exclusion of "immunity".

These two areas, one of non-justiciability ("immunity *ratione materiae*") and one of justiciability (non "immunity"), leave certain types of situation outside the classification. These are three in number :

(a) The question of pre-judgment attachment and seizure in execution of judgments.

(b) The operation of the principle of consent.

(c) Certain privileges and immunities conventionally described as *ratione personae*, that is, certain immunities attaching to heads of State, Ministers of foreign Governments, and heads of diplomatic missions.

III. — *Possible Methods of Approach.*

In face of the problem of fashioning a restatement of the legal principles which should regulate the range of questions standing under the umbrella of "the jurisdictional immunity of States", there are two possible methods of approach. The first, which was proposed in the Preliminary Report (paras. 44-53), and was referred to in the *Questionnaire* as the "preferred solution", involves the elucidation of various *indicia* on the basis of which decision-makers can establish the case for or against the recognition of "immunity". The majority of the members of the Commission, in responding to questions 11 and 12 of the *Questionnaire*, were inclined to encourage this approach. At the same time Professor *Crawford* pointed out the need for clear rules for the guidance of municipal courts.

The second approach reflects the *modus operandi* adopted by recent legislation in the United States, the United Kingdom, Pakistan, and elsewhere, and favoured by the International Law Commission and International Law Association. In simple terms this entails the *pro forma* statement of a principle of immunity followed by the enumeration of exceptions. Within the present Commission this approach was advocated by Professor *Bos* and probably also by Ambassador *Sucharitkul* (in his expressed preference for an inductive approach).

This second approach was not seized upon by the Rapporteur in the Preliminary Report but was left aside in giving precedence to the *indicia* approach which, incidentally, may be regarded as pragmatic and inductive, since the various *indicia* taken individually are a precise reflection of experience and existing judicial decisions. It may be helpful if the Rapporteur provides further elaboration of the reasons for not adopting the second approach (the enumeration of exceptions to the "principle of immunity"). It is also necessary to inject the all-important point that, in criticising the "enumeration approach", the Rapporteur is by no means inclined to ignore the importance of the material incorporating that method. Indeed, the method itself and its evident drawbacks usefully point the way to firmer ground.

IV. — *Critical Appraisal of the Enumeration Approach.*

In order to introduce the criticisms of the second approach (by way of enumeration) it is convenient to use a recent example as a concrete basis of reference. The Foreign States Immunities Act of the Commonwealth of Australia (No. 196 of 1985) provides a good example of recent legislation which may be presumed to reflect the modern trends both in terms of content and also the structure of its provisions. The Act has the following features (which in general it shares with similar legislation in other jurisdictions).

(a) There is a general provision which stipulates a principle of jurisdictional immunity subject to the exceptions provided in the legislation. Whilst such a provision is appropriate, it says nothing about the criteria for deciding on the line between immunity and no immunity.

(b) There is a complete absence of reference to the *indicia* which favour "immunity *ratione materiae*", or otherwise, and this is unhelpful, given that there is some highly relevant material which necessarily provides useful guidance in establishing the areas of no immunity. Indeed, one may suspect that some lawyers have the curious assumption that it is heretical to study the legal geography on *both* sides of the line between immunity and no immunity.

(c) The "exceptions" to the principle of "immunity" are not

recognised as a reflection of certain *general* indicia but are supposed to be justified by pragmatism and State practice. The justification for this fragmentary and inconclusive method is sometimes said to be that it reflects State practice, but this justification is flawed in two important respects. First, most of the exceptions are based upon an essentially undeveloped and nascent State practice: see the comments of Ambassador Sucharitkul on "the current practice of States" concerning "contracts of employment" in his Fifth Report to the International Law Commission, A/CN.4/363, pp. 15-22; and similarly on "the practice of States" concerning "personal injuries and damage to property" in the *Addendum* to his Fifth Report, A/CN.4/363, Add. 1, pp. 9-16. Thus in the latter connection Ambassador Sucharitkul notes that: "On the whole, there has been very little evidence of State practice allowing or disallowing State immunity in respect of proceedings for « personal injuries and damage to property »." (*ibid.*, p. 9, para. 76). The second flaw in the justification arises from the fact that, since the State practice is ill-formed even in its basic lineaments, it can hardly be expected to provide effective guidance in respect of the more difficult problems of precise application. Moreover, the judicial experience of the recent past strongly suggests that the standard formulations of recent State practice leave some of the difficult issues unresolved. It is this fact which provides the occasion for the present work.

(d) If the various discrete exceptions are not to be justified on the basis of a crude pragmatism or "positivism" (however fictional this may be), it must be assumed that the rules of non-immunity are based upon policy considerations, and it is clearly the case that they are so based. But policy considerations must show some mutual consistency and over-all logic. The exceptions formulated in the Foreign State Immunities Act of Australia can be seen to fall within the following general heads:

1. Commercial transactions.
2. Contracts of employment.
3. Personal injury and damage to property.
4. Ownership, possession and use of property, etc.
5. Copyright, patents, trade-marks, etc.

6. Membership of a body corporate, an unincorporated body or a partnership.
7. Supervisory proceedings in respect of arbitrations.
8. Actions *in rem* against ships used for commercial purposes.
9. Bills of exchange relating to non-immune transactions or events.

To what extent do these exceptions satisfy the test of consistency and over-all logic? (It is to be emphasised that the Rapporteur is concerned for the present with the general presentation and structure of the exceptions and not their precise ambit). In a broad sense they can be said to present an over-all logic, since they all involve transactions or events which can be fitted into causes of action based upon municipal law and justiciable in municipal courts. No reference is made to the purpose or policy to which the transaction relates or to which it gives effect. On this view it should be possible to formulate the general criteria on which the discrete exceptions are based and either to replace the separate cases with a set of criteria or *indicia* or to combine the formulation of the various non-immune episodes with a general clause. This course is attractive in combining the empirical statement of the "exceptions" (to the principle of "immunity") with a logical and direct rehearsal of the criteria which lie behind the episodes, and which criteria are themselves evidenced in the sources of the law (as will be demonstrated subsequently).

Indeed, in a certain perspective, there is no necessary or inevitable opposition between the two types of approach canvassed so far in this Report. No essential incompatibility exists. A certain incompatibility appears only because of a formal difference in the method of laying out the principles. A more substantial incompatibility would emerge only if it were to be insisted that the work of the Commission be explicitly based upon the practice of States, or at least the limited materials indicative of new trends. As the Rapporteur has explained already in the present Report, he does not believe that the Institute need accept such a constraint.

Whilst in a broad sense the list of "exceptions" of the type to be seen in the Australian legislation and elsewhere presents an over-all logic, the method of formulating the position exclusively in

terms of a set of separate episodes involves certain difficulties, which must surely be avoidable. In the first place, there may be legal transactions which fall within the criteria of justiciability but cannot be easily placed within the conventional legal categories employed in the Australian legislation and its congeners. Taken together these categories fall within the notion of "private law transactions" and, contrary to the expectation of many commentators, this apparent conceptual framework may have an unreasonably narrowing effect. The emphasis (and it is to be seen in the criteria or indicia to be set forth later) must be on the remedial context. In other words, the key question is whether, in the particular system of domestic law, remedies are available to individuals entering upon the particular transaction or relation. The remedial position should not depend exclusively upon the answer to the question whether the transaction is "commercial" or concerned with "private law". Thus the episodes or exceptions presented in the Australian legislation and elsewhere involve elements which are in comparative law and global terms far too narrow.

There is a further and connected problem. It is to be expected that municipal law courts will be influenced by the formulations which emerge from the work of this Commission. Even when the courts of the forum are seeking to reflect the "new trends" the focus upon "acts carried out under private law" may be too narrow and insufficiently related to the criteria of justiciability. Many acts of reliance involving good faith and already based upon the municipal law system of the forum may in the particular system be classified as matters of public law or as a part of the *droit administratif*.

This completes the general critique of the "enumeration approach" to the problem of immunity, subject to the final criticism that the content of the various "exceptions" or episodes of no-immunity reveals certain inconsistencies of substance. Thus in the Australian legislation of 1985 the "exception" consisting of "commercial transactions" is expressed in very general terms (but is stated not to include a contract of employment or a bill of exchange). The references to "personal injury and damage to property", to "ownership, possession and use of property", to "copyright, patents, trade-marks" and to "membership of bodies corporate, etc.", are similarly unqualified except for the specifi-

cation of certain elements linking the acts or events to the territorial State. In contrast, the category of "contracts of employment" is significantly conditioned by the exclusion of cases in which the person employed was either "a national of the foreign State but not a permanent resident of Australia"; or "an habitual resident of the foreign State". The presence of such restrictions in this case and the absence of such restrictions attaching to the other categories is a major inconsistency and introduces a "choice of law" element which does not appear to have any adequate justification in policy : *cf.* Australian Law Reform Commission Reference on State Immunity, Research Paper No. 4, pp. 46-48, 61-62.

V. — *The Method Proposed.*

The method to be adopted in the present Report may be summarised as follows :

1. The statement of a general principle of "immunity", non-justiciability, or incompetence.
2. The statement of the criteria militating against the competence of the municipal courts of the State of the forum.
3. The formulation of the criteria indicating the competence of the legal system of the State of the forum in respect of certain types of issue.
4. Within this framework, the formulation of the "generally recognised categories" of matters falling within the competence of the legal system of the State of the forum.
5. When these main tasks are completed, certain ancillary questions will be examined (Parts IX - XIII).
6. Finally, a draft set of Resolutions embodying the conclusions of the Report will be proposed.

VI. — *The General Principle of Immunity.*

In his Preliminary Report the Rapporteur pointed out that the normal practice in recent codifications has been to state a general principle of immunity and then to formulate exceptions. Moreover, there is a substantive and structural case for the formulation of a general principle in that the economy of the law involves the premiss

of territorial jurisdiction and the principle of non-intervention, and in any event the concept of "immunity" assumes a line of demarcation of legal powers with, so to speak, two sides.

It is not thought that the existence of a general principle involves a "presumption in favour of immunity" on the basis that the cases of non-immunity are "exceptions" to the principle. In any case, the method of exposition proposed by the Rapporteur avoids the problem (in so far as there is a problem) by prescribing two sets of criteria or *indicia* and presenting the law in terms of a borderland of decision or balancing up as between two sets of countervailing criteria. According to this approach the question of the relation between "principle" and "exceptions" disappears.

It may be noted that the majority of members of the Commission considered that the formulation of a general principle of immunity was justifiable.

Proposed text :

The Principle of Immunity.

The principle of the immunity of States from the jurisdiction of other States is recognised and shall be applied in accordance with the criteria contained in the provisions of this Resolution.

Commentary :

The Rapporteur was inclined to formulate the principle in terms of the non-justiciability of certain subject-matter concerning foreign States, but in the end decided that it was desirable to adhere to the more conventional terminology. In fact, a significant part of the "immunity" is concerned with non-justiciability rather than specific titles of privilege from a jurisdiction which *but for the "immunity"* would be presumed to exist. The topic is in reality as much about the *incompetence* of the courts of the forum as it is about a *privilege* from subjection to a jurisdictional competence.

VII. — *Criteria indicating the incompetence of the legal system of the State of the forum.*

The Rapporteur is strongly of the opinion that it is useful and indeed logically necessary to give expression to the criteria which militate against the competence of the municipal courts of the

State of the forum. It is the complementarity between these criteria and the countervailing criteria indicating the justiciability of issues which gives power and vitality to the important process of drawing the distinction between cases of "immunity" and cases of "no-immunity". Whilst the current fashion is to chronicle the cases of no-immunity rather than those of incompetence, this approach is difficult to justify both in analytical and practical terms. The elucidation of the criteria of incompetence goes far towards giving a clearer focus and content to the criteria militating in favour of non-immunity. And there is certainly no foundation for the view that the formulation of the criteria of incompetence will somehow serve to *extend* the ambit of immunity or non-justiciability. Such formulation forms part of the process of achieving an understanding of the determination of the line between immunity and no-immunity.

In the Questionnaire which accompanied the Preliminary Report, the fourth question was as follows: "Are the examples given in paragraph 18 acceptable as indicating, in whole or in part, the proper sphere of the incompetence of domestic courts?" In general the response of members of the Commission was favourable to the *modus operandi* as such, although Judge *Bedjaoui* and Professor *Bos* had observations on matters of precise content. In addition, Professor *Crawford* remarked that these were only examples of a more basic genus, whilst accepting that more than one distinct principle was operating.

The method which will be applied is to set forth the separate criteria of incompetence or "immunity *ratione materiae*" and to examine each in terms of both principle and practice. In the course of this more or less empirical exercise, it may be seen to what extent the various criteria or categories of case may be reformed and presented in a more rational and convenient form.

On a provisional basis the cases, or separate heads, of incompetence are as follows.

(a) *The validity, meaning and effect of the transactions of sovereign States in terms of public international law cannot be the object of adjudication in the municipal courts of other States.*

The policy basis of this principle is the essential inappropriateness

ness of the forum, the municipal courts of States, to decide questions of public international law pending between States. Moreover, this is a question of justiciability of issues and therefore it matters not that neither of the States concerned is a party to the proceedings. The substance of the principle was set forth by Lord Denning in his distinguished speech in the Appellate Committee in *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad* [1958] A.C. 379. The key passages in that speech are worth quoting :

"Applying this principle, it seems to me that at the present time sovereign immunity should not depend on whether a foreign government is impleaded, directly or indirectly, but rather on the nature of the dispute. Not on whether 'conflicting rights have to be decided', but on the nature of the conflict. Is it properly cognizable by our courts or not? If the dispute brings into question, for instance, the legislative or international transactions of a foreign government, or the policy of its executive, the court should grant immunity if asked to do so, because it does offend the dignity of a foreign sovereign to have the merits of such a dispute canvassed in the domestic courts of another country : but if the dispute concerns, for instance, the commercial transactions of a foreign government (whether carried on by its own departments or agencies or by setting up separate legal entities), and it arises properly within the territorial jurisdiction of our courts, there is no ground for granting immunity." (at p. 422).

"I would therefore for myself approach this case somewhat broadly and ask whether the dispute is one properly cognizable by our courts : and I would test it by asking what would be the position if the transaction had taken place, not between the Finance Minister of Hyderabad and the Foreign Secretary of Pakistan, but between the Finance Minister of Hyderabad and the Foreign Secretary of Great Britain, and the money had been transferred, not into the name of the High Commissioner of Pakistan, but into the name of a high officer such as a Custodian of Property? Would an action lie in our courts for the return of the money? Clearly not. The transaction was more in the nature of a treaty than a contract or a trust. Reference would be made to such well-known cases as *Nabob of the Carnatic v. East India Co.* and *Civilian War Claimants Association Ltd. v. The King* to show that no action would lie for money had and received or upon a trust. The court would not listen to an inquiry whether the Finance Minister of Hyderabad had authority to make the transfer. It would say that any representations to that effect must be made to the Crown and not to the courts. If our courts would not in like circumstances entertain an action against our own Government or its agent, they should not entertain an action against

the State of Pakistan or its agent. Upjohn J. put the point in a sentence when he said: 'The present transaction was an inter-governmental transaction; let it be solved by inter-governmental negotiations.' That is the kernel of the matter. I agree with it and would allow the appeal." (at p. 423).

This principle was restated as a general principle of judicial abstention by Lord Wilberforce in giving the Judgment of the House of Lords in *Buttes Gas v. Hammer* [1982] A.C. 888. In that case the question of title (in terms of international law) to an area of seabed as between Sharjah and Umm al Qaiwain was "at the heart of the case" (in the words of Lord Wilberforce at p. 927). On the issue of principle Lord Wilberforce expressed his conclusion as follows :

"So I think that the essential question is whether, apart from such particular rules as I have discussed, viz. those established by (a) the *Moçambique* [1893] A.C.602 and *Hesperides* [1979] A.C.508 cases and by (b) *Luther's* case [1921] 3 K.B.532 and *Princess Paley Olga v. Weisz* [1929] 1 K.B.718, there exists in English law a more general principle that the courts will not adjudicate upon the transactions of foreign sovereign states. Though I would prefer to avoid argument on terminology, it seems desirable to consider this principle, if existing, not as a variety of 'act of state' but one for judicial restraint or abstention. The respondents' argument was that although there may have been traces of such a general principle, it has now been crystallised into particular rules (such as those I have mentioned) within one of which the appellants must bring the case — or fail. The Nile, once separated into a multi-channel delta, cannot be reconstituted."

"In my opinion there is, and for long has been, such a general principle, starting in English law, adopted and generalised in the law of the United States of America, which is effective and compelling in English courts. This principle is not one of discretion, but is inherent in the very nature of the judicial process." ([1982] A.C., pp. 931-2).

Lord Wilberforce also referred extensively to the views of the Legal Adviser to the Department of State attached to the amicus brief filed in the proceedings in the U.S. courts, and to the views of those courts, in the following passages :

"On appeal by Occidental to the Fifth Circuit Court of Appeals the United States filed an *amicus curiae* brief (May 1978) to which was attached a letter from the Legal Adviser to the Department of

State to the Attorney General. I quote some passages, without apology for their length, because of their obvious pertinence and rationality :

'It is our understanding that the disposition of this case would require a determination of the disputed boundary between Umm al Qaiwain on the one hand and Sharjah and Iran on the other at the time Umm al Qaiwain granted the concession in issue to Occidental. It is our view that it would be contrary to the foreign relations interests of the United States if our domestic courts were to adjudicate boundary controversies between third countries and in particular that controversy involved here.

'The extent of territorial sovereignty is a highly sensitive issue to foreign governments. Territorial disputes are generally considered of national significance and politically delicate. Even arrangements for the peaceful settlement of territorial differences are often a matter of continued sensitivity.

'These conditions are applicable to the question of Umm al Qaiwain's sovereignty over the continental shelf surrounding Abu Musa at the time of the concession to Occidental and to the subsequent arrangements worked out among the affected states. For these reasons, the Department of State considers that it would be potentially harmful to the conduct of our foreign relations were a United States court to rule on the territorial issue involved in this case.

'We believe that the political sensitivity of territorial issues, the need for unquestionable U.S. neutrality and the harm to our foreign relations which may otherwise ensue, as well as the evidentiary and jurisprudential difficulties for a U.S. court to determine such issues, are compelling grounds for judicial abstention.

'We do not believe that this judicial self-restraint should turn on such analytical questions as whether the so-called Act of State doctrine which is traditionally limited to governmental actions within the territory of the respective state can apply to an exercise of disputed territorial jurisdiction. It rather follows from the general notion that national courts should not assume the function of arbiters of territorial conflicts between third powers even in the context of a dispute between private parties. As a result, we are of the view that the court should be encouraged to refrain from settling the extent of Umm al Qaiwain's sovereign rights in the continental shelf between its coast and Abu Musa at the time of its grant of the concession to Occidental.'

The Court of Appeals dismissed Occidental's appeal (August 9, 1978) and held :

'The issue of sovereignty is political not only for its impact on

the executive branch, but also because judicial or manageable standards are lacking for its determination. To decide the ownership of the concession area it would be necessary to decide (1) the sovereignty of Abu Musa, (2) the proper territorial water limit and (3) the proper allocation of continental shelf. A judicial resolution of the dispute over Abu Musa between Iran and Sharjah is clearly impossible.'

Occidental applied to the Supreme Court of the United States for certiorari and extensive briefs were filed, including again an elaborate amicus brief for the United States. On June 11, 1979, the Supreme Court denied the petition." (*Ibid.*, pp. 935-6).

The principle applied in *Occidental Petroleum Corp. v. Buttes Gas and Oil Co.*, 331 F. Supp. 92, 11 (1971), affirmed 461 F.2d.1261 (9th Cir.), cert. denied 409 U.S.950, was affirmed and applied in *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. O.P.E.C.*, 649 F.2d 1354 (1981) (9th Cir.).

The present principle is not advanced on the basis that it is reflected in the practice of States generally, since it is difficult, and probably impossible, to find evidence that this is the case. However, the principle is essentially sound and well based in policy. Moreover, the evidence adduced to illustrate the operation of proposition (c) below also has direct relevance to the present principle of abstention. There is no reason *a priori* for thinking that this principle will meet with rejection from decision-makers in the various legal systems of the world.

(b) *The validity, meaning and effect of the internal administrative and legislative acts of sovereign States in terms of international law cannot be the object of adjudication in the municipal courts of other States.*

This principle of abstention is supported by a considerable weight of logic and authority. Its policy underpinnings are similar to the first principle set forth above. Whilst the elements overlap to a certain extent, in essentials they are mutually compatible and complementary. The relevant principles appear to be the following :

(i) the affairs of States should not be adjudicated upon without their consent ;

(ii) the principle of non-intervention in the internal affairs of States ;

(iii) the principle that issues of international law should be resolved in the appropriate forum, which is either the diplomatic forum or some other international procedure (if available) or the local remedies in the courts of the respondent State (if available);

(iv) the significance of the fact that the cause of action is essentially based upon issues of international law.

The existence of this principle of abstention was well recognised by Judge Sir Hersch Lauterpacht in an article published in 1952: *British Year Book of International Law*, Vol. 28 (1951), p. 220; (see also *Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, ed. E. Lauterpacht, Vol. III, p. 315). Whilst the issues are classified by Lauterpacht as matters of "immunity", which is not entirely appropriate, the points of substance are expressed with great clarity in the following passages:

"In the first instance, immunity must remain the rule with respect to the legislative acts of a foreign state and of measures taken in pursuance thereof. This would include, for instance, immunity of a foreign state — as distinguished from persons who acquire title from it — in respect of nationalisation of property of aliens by virtue of a general statute or decree even if considered to be contrary to international law. It is true that a foreign state may be tempted to avoid its contractual obligations by enacting appropriate legislation. In that case, which cannot be regarded as typical, the remedy against the state itself would have to be of a diplomatic nature. Such immunity with regard to legislative acts would merely leave the foreign state in the same position as the domestic state which cannot be sued before its courts in respect of the acts of its legislature.

Secondly, there must be immunity from jurisdiction in respect of the executive and administrative acts of the foreign state within its territory, such as alleged unjustified expulsion or exaction of dues or wrongful imprisonment or, generally, denial of justice. In particular no action should lie with regard to torts committed by foreign states and their organs in their own territory. These must be left either to judicial remedies within that foreign state or to appropriate diplomatic action in accordance with the accepted practice of diplomatic protection of citizens abroad." (28 BYIL [1951], pp. 237-8).

The members of the Commission accept the existence of the relevant categories indicated in paragraph 18 of the Preliminary Report, with the exception of Professor Bos, who has a reservation

concerning (d) (internal administrative acts). In his opinion: "As to (d), the courts of State A should not be precluded from an investigation into the justification under international law of the seizure of property of a national of State A by State B".

In general the principle is accepted and, as Judge *Bedjaoui* and Professor *Francescakis* pointed out, in the context of French law, Niboyet had introduced the concept of « *incompétence d'attribution* » in his article in the *Rev. crit. dr. int. privé* (1950), p. 139. Other opinions support the category and the policy: see Morelli, *Annuaire de l'Inst.*, 1954, II, p. 206; Crawford, *British Year Book of International Law*, Vol. 54 (1983), p. 83; Lalive, 84 *Hague Recueil* (1953, III), p. 209 (at p. 285); Sinclair, 167 *Hague Recueil*, p. 216.

It is not difficult to find examples of decisions in various legal systems based upon the principle of incompetence in spite of the fact that writers and editors frequently obscure the existence of the category by erroneous classification. The following examples are thought to be relevant for present purposes.

1. *National Institute of Agrarian Reform v. Kane*, I.L.R., Vol. 34, p. 12 (U.S., District Court of Appeal of Florida, Third District).

2. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, I.L.R., Vol. 35, p. 2 (p. 25) (U.S. Supreme Court).

3. *Victory Transport Inc. v. Comisaria General*, I.L.R., Vol. 35, p. 110 at p. 116 (U.S. Court of Appeals, Second Circuit).

4. *Oder-Neisse Property Expropriation Case*, I.L.R., Vol. 65, p. 127 (F.R.G., Oberlandesgericht, Munich).

5. *Church of Scientology Case*, I.L.R., Vol. 65, p. 193 (F.R.G., Federal Supreme Court).

6. *Campione v. Peti-Nitrogenmuvek and Hungarian Republic*, I.L.R., Vol. 65, p. 287 (at p. 302) (Italy, Court of Cassation [Joint Session]).

7. *N.V. Exploitatie-Maatschappij Bengkalis v. Bank of Indonesia*, I.L.R., Vol. 65, p. 348 (at p. 353) (Netherlands, Court of Appeal of Amsterdam).

8. *Church of Scientology v. The Netherlands Foundation*, I.L.R., Vol. 65, p. 380 (Netherlands, District Court of Amsterdam).

(c) *The legal system of the forum State should not assume competence in respect of issues the resolution of which has been allocated to a remedial context other than the legal system of the forum.*

This is a procedural corollary of the principle of international law that a State cannot be required to submit to international adjudication without its consent: see the *Monetary Gold* case, *I.C.J. Reports*, 1954, p. 19. The deduction is not in all respects logical, as Crawford points out (*British Year Book of International Law*, Vol. 54, at pp. 79-80). However, the essence of the matter is the fact that a more appropriate forum is available which is based upon the consent of the States most closely involved.

The cases involving the application of this principle will lend more colour to the foregoing statements. Reference may be made to the following.

1. *Kingdom of Greece v. Gamet*, I.L.R., Vol. 28, p. 153 (Italy, Court of Cassation). In this case the matters complained of were regulated by the Italian Peace Treaty and the acts of the Greek State had been in execution of the provisions of the Peace Treaty. It made no difference (apparently) that the claimant invoking the jurisdiction of the Italian courts was a subject of a third State and the court held that Greece was exempt from jurisdiction.

2. *X. v. Federal Republic of Germany*, I.L.R., Vol. 65, p. 10 (Austria, Supreme Court). This decision resulted from an attempt by a naturalised Austrian to obtain compensation for property left in Roumania consequent upon his being resettled. Under the relevant agreement of 1940 between Roumania and Germany funds had been paid by the former to the German Government. In deciding against the competence of the domestic courts, the Supreme Court stated (at p. 12):

"The grounds for liability under private law cited by the plaintiff cannot be upheld, since the asserted liability derives from a State treaty which, even if one were to be guided by judgment SZ. XXXIII, 15, does not contain any specific statement of obligation to pay compensation. The property left behind by the resettled persons was, in accordance with this treaty, taken over by the German Liquidation Office, which had been set up as an agency of the German Govern-

ment and had acted as such and whose organs enjoyed extraterritorial rights. The property was turned over to the Royal Romanian Government, creating a debt to the German Reich on the part of the Romanian State whose payment was governed by the Convention. The obligation of the German Reich under the abovementioned State treaty to pay the resettled persons the equivalent of the property left behind in Romania is not based on a collective agreement under private law or on individual agreements between the German Reich and the resettled persons but is an obligation under public law resulting from a political measure taken by the German Reich. The fulfilment of this obligation is, like all legal questions relating to war damage, a matter for legislation. The question of compensation can be settled with universal binding effect only by a law or, in the case of resettled persons of different nationality, by an agreement between States. Both courses were adopted by the defendant..."

3. *S.F.R. of Yugoslavia v. Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises*, I.L.R., Vol. 65, p. 46 (France, Tribunal de grande instance of Paris [summary jurisdiction]). This case was decided on the basis of French *ordre public* and immunity *as such* was not accorded to Yugoslavia. A major element in the decision to revoke the exequatur and vacate the attachment was the fact that the private interest seeking enforcement of an arbitral award had accepted the diplomatic protection of the French State and the claims involved had been the subject of a settlement by way of an intergovernmental agreement of 1950 (*ibid.*, p. 49).

4. *Ministry of Foreign Affairs v. Federici and Japanese State*, I.L.R., Vol. 65, p. 275 (Italy, Tribunal of Rome). In this case the claimant was an Italian subject who was seeking to enforce a claim for compensation in respect of the acts of the Japanese occupation forces in China during the Second World War (following the Italian Armistice). In recognising that the domestic courts lacked competence the Tribunal emphasised that the claim was the subject of a transaction forming part of a relationship directly between the two States concerned, which relationship was regulated exclusively by international law and through diplomatic channels (*ibid.*, p. 278).

5. *Far Eastern Steamship Company v. General Maritime Concern Company*, I.L.R., Vol. 65, p. 364 (Netherlands, District Court of Rotterdam). This decision is in accordance with the same principle but the result was that competence existed since the relevant

agreement between the Netherlands and the U.S.S.R. was held to be directly applicable. In other words, the normal objection to competence had been waived by treaty: see also *ICC Handel Maatschappij v. U.S.S.R.*, *ibid.*, p. 368 (District Court of Rotterdam).

(d) *The content, conduct and precise implementation of the foreign and defence policies of foreign States are matters outside the competence of the legal system of the forum State.*

This formulation is intended to be a more systematic version of several categories itemised in paragraph 18 of the Preliminary Report: (h) acts concerning the armed forces; (i) acts contrary to the principles of international law in the matter of diplomatic immunities; (j) acts contrary to the principles of international law in the matter of consular immunities; (k) acts contrary to the principles of international law concerning special missions; (n) acts relating exclusively to the implementation of the foreign policy of a State.

The change of formulation is based upon the following considerations. First, the four categories are essentially part of the same genus. Secondly, the policy imperatives indicating judicial abstention are similar to those operating in respect of principles (a), (b) and (c) above. In particular, the subject-matter falls within the ambit of the principle of non-intervention in the internal affairs of States. Thirdly, the categories relating to the armed forces, diplomatic relations, consular relations, and special missions, require more precise demarcation.

It is important to note that the new formulation is intended to allow for the need to make an essential distinction between the content of foreign and defence policies and the *modalities* of implementation. The *modalities* of implementation such as the making of contracts within a domestic legal system, will be subject to the countervailing criteria indicating the *competence* of the legal system of the State of the forum. The line-drawing process will always be difficult in certain cases, but it is important to identify the sensitive zones of tension between countervailing principles. The invocation of unqualified categories such as "acts concerning the armed forces" (cp. *Victory Transport Inc. v. Comisaria General*, 336 F.2d 354 [1964], *I.L.R.*, Vol. 35, p. 110) is unsatisfactory since

this approach does not allow for the application of the counter-vailing criteria of competence and incompetence to particular sets of facts.

The striking fact is that those authorities, such as Sir Hersch Lauterpacht (*British Year Book*, Vol. 28 [1951], p. 220 at pp. 236 *et seq.*), or Professor Lalive (84 *Hague Recueil* [1953, III], p. 209 at pp. 285-6), who have favoured the restrictive theory of immunity still tend to accept that immunity applies in respect of the categories under discussion without qualification.

There is some useful evidence that municipal courts are groping their way towards a flexible approach in characterising situations. Thus municipal courts are increasingly prepared to hold that contracts for building works on embassies or the ambassador's residence are not immune, and similarly that contracts for the supply of vehicles, clothing and equipment to the armed forces fall outside the appropriate sphere of immunity. However, when the exercise of jurisdiction would affect the actual making of policy, or otherwise prevent the exercise of a discretion closely related to the implementation of foreign and defence policies, municipal courts will abstain from the exercise of competence.

Whilst the drawing of this line of demarcation is a delicate procedure, in a number of cases the municipal courts have clearly abstained on this ground. The following decisions provide indications of the mode of establishing the relevant line.

Velloso v. Borla and Others, *I.L.R.*, Vol. 65, p. 328 (Italy, Court of Cassation [Joint Session]). In this decision permanent employment within an embassy was held to involve immunity since this employment was in furtherance "of institutional aims of a public nature" (at p. 330).

Italian Trade Union for Embassy and Consular Staff v. United States, *I.L.R.*, Vol. 65, p. 338 (Italy, Examining Magistrate [Pretore] of Milan). This case concerned the position under legislation protecting trade union rights of Italian citizens working in an administrative and clerical capacity for the Consulate of the United States in Milan. The decision to the effect that the Italian courts had no competence was based upon the consideration that the application of the legislation in question would necessarily interfere with the

organisational power of a foreign State, including its procedures for the employment of staff (at pp. 342-3).

I Congreso del Partido, I.L.R., Vol. 64, p. 307 (England, House of Lords). In this interesting decision the House of Lords had the difficult task of characterising certain acts on the part of the Government of Cuba, involving the vessel *Playa Larga* owned by the Republic of Cuba, and the vessel *Marble Islands* chartered on a demise charter to a Cuban State enterprise but whose cargo owners had no trading relations with the Republic of Cuba. The precise manner of the characterisation of the relationships involved is open to debate, and in the case of the *Marble Islands* their Lordships were divided in their opinions. What is relevant for present purposes is the assumption shared by all the members of the Appellate Committee that if the acts concerned were not to be classified as "commercial transactions" or involving a "trading relationship", then they were to be recognised as the acts of Cuba exercising its functions as a sovereign States: see Lord Wilberforce, *ibid.*, at pp. 311-23. In brief, if the "trading relationship" characterisation were inapplicable, the Appellate Committee would not assume a competence in respect of conduct flowing from foreign policy decisions of a foreign government.

International Association of Machinists and Aerospace Workers v. OPEC, I.L.R., Vol. 66, p. 413 (United States, Court of Appeals, Ninth Circuit). A major element in this decision to dismiss the action seeking damages and injunctive relief was a version of the act of State doctrine which corresponds with the principle of judicial abstention presently under review. The key passage in the judgment is as follows:

"The remedy IAM seeks is an injunction against OPEC nations. The possibility of insult to the OPEC states and of interference with the efforts of the political branches to seek favorable relations with them is apparent from the very nature of this action and the remedy sought. While the case is formulated as an anti-trust action, the granting of any relief would in effect amount to an order from a domestic court instructing a foreign sovereign to alter its chosen means of allocating and profiting from its own valuable natural resources. On the other hand, should the court hold that OPEC's actions are legal, this 'would greatly strengthen the bargaining hand' of the OPEC nations in the event that Congress or the executive

chooses to condemn OPEC's actions. *Sabbatino*, 376 U.S. at 432, 84 S.Ct. at 942." (*Ibid.*, p. 420).

(e) *Arbitrations between States are outside the jurisdiction of the State in the territory of which the arbitral procedure is conducted.*

Dr. Mann (*British Year Book*, Vol. 42 [1967], p. 1 at p. 2) has stated the principle that arbitrations between States are outside the jurisdiction of the territorial sovereign; and this view was assumed by the tribunal in the case of *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co*, *I.L.R.*, Vol. 27, p. 117, at p. 155. Whilst this proposition, like many matters of good sense, is difficult to document, it appears to be justified by principles (a), (c) and (d) above and is probably no more than a special application of those principles. It is very unlikely that the criteria of *competence* (to be chronicled below) will be applicable in any circumstances but there is always the possibility of unforeseeable marginal difficulties.

A related question is whether the same principle of incompetence applies when one of the parties to an arbitration is a State and the other is not: see Mann, *Studies in International Law*, 1973, pp. 266-8. In the Award in the case of *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co.* (*supra*) the tribunal affirmed that the "jurisdictional immunity of States" excluded the possibility of supervision and interference in arbitral proceedings by the courts of the seat of the tribunal and this in proceedings between a State and a private corporation (*supra*, at p. 155).

Dr. Mann has subjected the views of the tribunal in this respect to criticism (*op. cit.*, pp. 267-8), and there is no doubt that the reasoning of the Award verges on the laconic. At the same time, the characterisation of such an arbitration, in which one party is a State, is a matter of difficulty, and much will depend on the particular circumstances. At the least it can be said that there is no presumption of the incompetence of the courts of the seat of arbitration. In general, the criteria of incompetence/competence are applicable. In this general context if the applicable law is exclusively public international law this will indicate the incompetence of the municipal courts at least in relation to the substantive law governing the merits of the dispute. In the case of arbitrations

in which one party is a State and the other a foreign natural or juridical person it is more likely that the criteria indicating *competence* (to be reviewed subsequently) will be applicable and in many cases dominant.

(f) *Transactions relating to the validity, meaning and implementation of an intergovernmental agreement creating agencies, institutions or funds subject to the rules of public international law are not within the competence of the legal system of the forum State.*

This principle is essentially an extension of principles (a), (b) and (c) set forth above. It is applicable whether or not the agency, institution or fund takes the form of an international organisation. The English courts have recognised that funds or other assets in the possession of an escrow agent or Stake holder exclusively for the purpose of implementing an intergovernmental agreement are not subject to the competence of the municipal courts: see the decision in *U.S.A. and Republic of France v. Dollfus Mieg* [1952] A.C. 582, and especially *per* Lord Radcliffe at pp. 615, 618-19 (and cf. *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad* [1958] A.C. 379, *per* Lord Denning at pp. 422, 423). In the case of *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. OPEC, I.L.R.*, Vol. 66, p. 413, the principle of judicial abstention set forth as principle (d) above was applied to the affairs of an organisation of States (*ibid.*, p. 420).

As a matter of clarity and emphasis, it must be pointed out that the criterion set forth here is, like all the criteria, to be applied together with the countervailing criteria indicating *competence*. It is not propounded as an isolated and conclusive test. Thus in the Interim Award in the case of *Westland Helicopters v. A.O.I., I.L.M.*, Vol. 23 (1984), p. 1071, the countervailing element — the waiver of immunity which was considered to arise from the signature of an arbitration clause — resulted in a decision asserting the competence of the court of arbitration (*ibid.*, p. 1089).

Note on Public Loans.

After careful deliberation the Rapporteur had omitted any reference to public loans in the criteria indicating the incompetence

of municipal courts, and this in spite of having included them in the relevant part of the Preliminary Report : para. 18 (1). Further study provoked by the detailed comments kindly provided by Judge *Bedjaoui* has led to the conclusion that a general reference to "public loans" would be inappropriate. The result of the absence of any specific criterion related to "public loans" will be that each case is subject to characterisation in the light of the various criteria of competence and incompetence. This position is thought to be justified by the following considerations :

(i) The circumstances in which loans are made or guaranteed by governments are very varied, and consequently the category "public loans" is not a useful indicator.

(ii) There is no *a priori* reason for assuming the incompetence of municipal courts of the forum State.

(iii) The principles of risk, reliance (legal security), and good faith are *prima facie* applicable to loan transactions and guarantees.

The views set forth above are based on considerations of principle and good policy and may or may not represent the *lex lata* or "recent trends". The following points are made simply by way of memoranda. At the Aix-en-Provence session in 1954 the Resolution adopted by the Institute included the following provision (Article 4) :

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

Toutefois l'Etat étranger peut accepter la compétence de ces tribunaux. »

In fact the Rapporteur, M. Lémonon, had proposed a distinction between "acte administratif" and "acte de commerce" in this context : *Annuaire*, 1952, I, p. 26. In the more recent past "public loans" have been classified as immune in the often quoted decision in *Victory Transport Inc. v. Comisaria General, I.L.R.*, Vol. 35, p. 110, but many recent authoritative formulations exclude immunity in the case of contractual obligations of States : see the European Convention on State Immunity, 1972, Art. 4 (but see Art. 4 (2) (c) :

proviso as to obligations governed by administrative law). Moreover, certain recent enactments expressly deny immunity in the case of loans and transactions for the provision of finance (including related guarantees and indemnities) : United Kingdom, State Immunity Act 1978, sect. 3 (3) (b) ; Australia, Foreign States Immunities Act 1985, sect. 11 (3) (b) and (c) ; Pakistan, State Immunity Ordinance 1981, sect. 5 (3) (b) ; Singapore, State Immunity Act, 1979, sect. 5 (3) (b) ; *I.L.A.*, Montreal Draft Convention, 1982, Articles IC and IIIB.

Note on Central Banks.

For broadly similar reasons the Rapporteur has decided not to include a specific criterion indicating the incompetence of municipal courts in respect of the operations of Central Banks. The fact is that Central Banks may act in various capacities, and thus each bank, and each operation, must be characterised in terms of the criteria of competence/incompetence, and not on the basis of an overall category of immunity (or not) for "Central Banks". The relevant materials speak with an uncertain voice and it is not proposed to review them here : see Mann, *British Year Book*, Vol. 50 (1979), pp. 61-62 (criticising the United Kingdom legislation) ; Crawford, *ibid.*, Vol. 48 (1976-77), pp. 353-5.

Proposed text (Criteria indicating the incompetence of the legal system of the State of the forum).

In determining the question of the competence of the legal system of the forum State each case is to be characterised on its merits in the light of the relevant facts and the relevant criteria, both of competence and incompetence ; no presumption is to be applied concerning the dominance or priority of either group of criteria.

The following criteria are indicative of the incompetence *ratione materiae* of the legal system of the forum State but are not conclusive of the question of competence either individually or collectively :

(a) The validity, meaning and effect of the transactions of sovereign States in terms of public international law cannot be the object of adjudication in the municipal courts of other States.

(b) The validity, meaning and effect of the internal administrative and legislative acts of sovereign States in terms of international law cannot be the object of adjudication in the municipal courts of other States.

(c) The legal system of the forum State should not assume competence in respect of issues the resolution of which has been allocated to a remedial context other than the legal system of the forum.

(d) The content, conduct and precise implementation of the foreign and defence policies of foreign States are matters outside the competence of the legal system of the forum State.

(e) Arbitrations between States are outside the jurisdiction of the State in the territory of which the arbitral procedure is conducted.

(f) Transactions relating to the validity, meaning and implementation of an intergovernmental agreement creating agencies, institutions or funds subject to the rules of public international law are not within the competence of the legal system of the forum State.

VIII. — *Criteria indicating the competence of the legal system of the State of the forum.*

It is now necessary to set forth the countervailing criteria indicating the cases of "no immunity", or competence, of the municipal legal system of the territorial or host State. As the Rapporteur has pointed out already, there is no presumption to be applied concerning the criteria of competence and incompetence and thus each case is to be characterised on its merits in the light of the relevant criteria.

In determining the viability and substance of the criteria indicating competence, reference has been made to State practice, including recent legislation, the decisions of municipal courts, and the relevant literature. However, the intention is to present in a general way the criteria emerging in practice rather than to determine whether individually these criteria have become a part of general international law. In any case considerations of principle and policy have been intruded whenever it was thought to be

necessary. For reasons of economy in presentation, the materials are cited principally for purposes of exemplification and much of the material referred to by the Rapporteur does not appear in the citations.

The cases, or separate heads, of "no immunity" or competence are as follows :

(a) *In the absence of agreement to the contrary, the legal system of the forum State is competent in respect of proceedings relating to a commercial transaction to which a foreign State (or its agent) is a party.*

This principle is widely represented in recent formulations of rules relating to State immunity, including draft Article 12 in the Fourth Report by the Special Rapporteur, our confrère Ambassador Sucharitkul, of the International Law Commission (A/CN.4/357, pp. 25-79), section 5 of the State Immunity Ordinance of Pakistan (1981), section 3 of the State Immunity Act of the United Kingdom (1978), section 11 of the Foreign States Immunities Act of Australia (1985), and section 5 of the State Immunity Act of Singapore (1979). Much of the relevant material is analysed very helpfully by Ambassador Sucharitkul in his Fourth Report, and only certain of the more critical points will be pursued in the present report.

In spite of the difficulty that to formulate an opposition between "commercial" and "non-commercial" transactions or activities is to some extent only to restate the problem, it is believed that these concepts have a useful empirical flavour and are a reflection of experience. They are essentially the modern equivalent of the concepts of acts *jure gestionis* and acts *jure imperii*.

The Rapporteur has deliberately used the phrase "commercial transaction" without further elaboration. Definitions tend to be obvious, so far as they go, without providing any real assistance in the characterisation of the more difficult sets of facts. Moreover, the formulation now offered is a criterion, an indicator, and thus is not a definition as such.

It is possible that the phrases "commercial activity" or "trading or commercial activity" are more or less equivalent to "commercial transaction", and this is the view adopted by Ambassador

Sucharitkul (Fourth Report, A/CN.4/357, pp. 31-79). However, there is some reason for thinking that the problem of characterisation of cases is exacerbated if the more flexible phrase "commercial activity" is used, as in the United States Foreign Sovereign Immunities Act (1976) (sections 1603, 1605), the State Immunity Act (1982) of Canada (section 5), and the I.L.A. Montreal Draft Convention on State Immunity (1982), Articles IC and IIIB.

The virtue of the phrase "commercial transaction" is its emphasis on the modality or context which the State concerned has chosen to use. Thus there is no focus upon the *purpose* of the activity and consequently in principle the old dilemma, in the form that all State activity remains the act of a sovereign State, is avoided. It is widely recognised that the test of "purpose" is problematical: see, in particular, Molot and Jewett, *Canadian Yearbook*, 1982, p. 79 at pp. 96-104. The "purpose" test, if it were to be applied consistently, would produce immunity in a large number of cases, since the State trader is always in some sense implementing the policies of the particular State.

There can be no doubt that in certain complex factual situations the process of precise characterisation of the case as involving a "commercial transaction" or not will remain delicate and problematical: see, for example, *Amanat Khan v. Fredson Travel, Inc.* I.L.R. Vol. 64, p. 733 (Canada, High Court of Ontario); *I Congreso del Partido*, I.L.R., Vol. 64, p. 307 (England, House of Lords); and *Transamerican Steamship Corporation v. Somali Democratic Republic*, *American Journal of International Law*, Vol. 80 (1986), p. 357 (United States, Court of Appeals, D.C. Circ.). In the more difficult cases there is, so to speak, a problem of causation: the immediate cause of the dispute is an act of interference by a State in a pre-existing commercial relationship. Is such act of interference to be classified by association as involving a "commercial relation", that is, as part of the "trading or commercial activity" (see the three decisions cited above). The Rapporteur takes the view that such problems of classification or characterisation of particular facts cannot be pre-empted by a form of words, and also that any such attempt at particularising will create more problems than it solves.

(b) *The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings concerning legal disputes arising from relationships*

of a private law character to which a foreign State (or its agent) is a party; the class of relationships referred to includes (but is not confined to) the following legal categories: commercial contracts; contracts for the supply of services; loans and financing arrangements; guarantees or indemnities in respect of financial obligations; ownership, possession and use of property; the protection of industrial and intellectual property; the legal incidents attaching to incorporated bodies, unincorporated bodies and associations, and partnerships; actions in rem against ships and cargoes; and bills of exchange.

This principle is formulated as a criterion and not as an absolute determinant of competence. As formulated, it is intended to reflect the following considerations :

1. As a matter of principle and policy, when ordinary transactions are concluded in the context of a particular local law and legal system, that is, on a private law basis, immunity from the jurisdiction of the forum State is not justifiable. The general principles of law — of good faith and reliance (legal security) — work in favour of the competence of the local jurisdiction.

2. The expression of the criterion *as a principle* is combined with express reference to the cases sometimes described as "exceptions" to the principle of immunity. The formulation is thus intended to reflect the general view in the Commission which favoured *both* the approach by way of indicia or criteria, *and* the specification of the cases of competence and incompetence.

3. The legal categories which are specified are referred to in general terms and are not intended to reflect the idiosyncrasies of particular legal systems. The content is based on recent legislation in various States, the European Convention on State Immunity (1972), the Inter-American Draft Convention on Jurisdictional Immunity of States (1983), the work of the Asian-African Legal Consultative Committee (Final Report of the Committee on Immunity of States, Third Session, 1960), the Reports prepared by Ambassador Sucharitkul for the International Law Commission, and the draft Articles provisionally adopted by the International Law Commission.

4. The formulation, in keeping with the general policy adopted by the Rapporteur, leaves aside any reference to the presence of connecting factors as a condition of application. Such reference is considered to be unnecessary and, indeed, inappropriate in the present context.

The criterion set forth has often been stated in the decisions of municipal courts and is a leading element in the more recent jurisprudence: see *Steinmetz v. Hungarian People's Republic, Int. L.R.*, Vol. 65, p. 15 (Austria, Supreme Court), at p. 19; *Minister for Public Education of Portugal v. Di Vittorio Associates, ibid.*, p. 32 (Tribunal Civil of Casablanca), at pp. 34-35; *Société Nationale des Tabacs et Allumettes v. Chaussois and Others, ibid.*, p. 44 (France, Court of Cassation [First Civil Chamber], at pp. 45-46); *Corporación del Cobre v. Braden Copper Corporation, ibid.*, p. 57 (France, Tribunal de grande instance de Paris [summary jurisdiction]), at p. 59; *Spanish State v. Société Anonyme de l'Hôtel George V, ibid.*, p. 61 (France, Court of Cassation [First Civil Chamber]), at p. 62; *Société des Ets. Poclain and Cie d'Assurances la Concorde v. Morflot, ibid.*, p. 67 (France, Tribunal de Commerce de Paris), at pp. 69-70; *Hungarian Embassy Case, ibid.*, p. 110 (F.R.G., Federal Supreme Court), at p. 112; *Land Sale Authorisation Case, ibid.*, p. 122 (F.R.G., Kammergericht of West Berlin); *Land Purchase Broker's Commission Case, ibid.*, p. 125 (F.R.G., Oberlandesgericht of Munich); *Spanish State Tourist Office Case, ibid.*, p. 140 (F.R.G., Oberlandesgericht of Frankfurt), at pp. 143-44; *Foreign Trade Institute Bank Account Case, ibid.*, p. 209 (F.R.G., Landgericht of Hamburg), at p. 211; *N.I.O.C. Pipeline Contracts Case, ibid.*, p. 212 (F.R.G., Oberlandesgericht of Frankfurt), at p. 214; *Embassy Eviction Case, ibid.*, p. 248 (Greece, Tribunal of First Instance, Athens), at p. 249; *Purchase of Embassy Staff Residence Case, ibid.*, p. 255 (Greece, Tribunal of First Instance, Athens), at p. 256; *United States Government v. Irsa, ibid.*, p. 262 (Italy, Court of Cassation), at pp. 263-4; *Consorzio Agrario della Tripolitania, ibid.*, p. 265 (Italy, Court of Cassation [Joint Session]), at p. 267; *United States Government v. Bracale Bicchierai, ibid.*, p. 273 (Italy, Court of Appeal at Naples), at p. 274; *Embassy of the Kingdom of Morocco v. Società Immobiliare Forte Barchetto, ibid.*, p. 331 (Italy, Court of Appeal at Rome); *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises v. S.F.R. of Yugoslavia, ibid.*, p. 356

(Netherlands, Court of Appeal of The Hague) ; *Parsons v. Republic of Malta*, *ibid.*, p. 371 (Netherlands, District Court of Alkmaar) ; *United Arab Republic v. Mrs. X.*, *ibid.*, p. 385 (Switzerland, Federal Tribunal), at pp. 389-90 ; *Italian Republic and Others v. Beta Holding S.A. and Another*, *ibid.*, p. 394 (Switzerland, Federal Tribunal), at p. 401 ; *Banque Centrale de la République de Turquie v. Weston Compagnie de Finance et d'Investissement S.A. and Another*, *ibid.*, p. 417 (Switzerland, Federal Tribunal), at p. 423.

(c) *The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings concerning legal disputes arising from relationships which are not classified in the forum as having a "private law character" but which nevertheless are based upon elements of good faith and reliance (legal security) within the context of the local law.*

This criterion is intended to be a logical extension of the previous criterion. In the context of "acts carried out under private law" municipal courts sometimes have a tendency to draw a somewhat too doctrinal distinction between "private law" and "public law" which is unacceptably narrow. The essence of the matter is the existence of a situation of equality between the Parties, involving elements of good faith and reliance (legal security), and, further, based on the assumption that remedies will be available within the local legal system and not on the diplomatic level. It follows from these considerations that the competence of the legal system of the territorial State should be recognised whether the remedial apparatus is classified within "private law", "public law", "administrative law" or within some other *sui generis* category such as "labour law".

It is not easy to find authority to support the criterion proposed but the Rapporteur considers that it is amply justified as a matter of principle and policy.

(d) *The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings concerning contracts of employment and contracts for professional services to which a foreign State (or its agent) is a party.*

This criterion is in one sense a special case of the application of the criteria (a), (b) and (c) set forth above. The considerations of principle and policy which militate in favour of the competence

of the legal system of the forum State in respect of "commercial transactions", "trading activity", and disputes arising from relationships of private law, must surely apply equally in respect of contracts of employment and contracts for professional services. Indeed, many contracts are difficult to classify and contain elements both of professional service and of the supply of goods and materials.

Municipal courts have been prepared to assume competence in respect of disputes arising from a contract of employment, as in the following decisions: *British Embassy Driver Case*, *Int. L.R.*, Vol. 65, p. 20 (Austria, *Oberlandesgericht* of Vienna); *Paravicini v. Commercial Bureau of the P.R. of Bulgaria*, *ibid.*, p. 282 (Italy, Tribunal of Milan); *De Sousa v. Republic of Portugal*, *ibid.*, p. 378 (Netherlands, Local Court of Amsterdam). However, it is the case that in relation to diplomatic and consular personnel municipal courts will often give predominance to criteria indicating incompetence: see *Sengupta v. Republic of India*, *Int L.R.*, Vol. 64, p. 352 (England, Employment Appeal Tribunal); *Conrades v. United Kingdom*, *Int. L.R.*, Vol. 65, p. 205 (F.R.G., Hanover Labour Court); *De Ritis v. United States*, *ibid.*, p. 283 (Italy, Court of Cassation [Joint Session]); *Luna v. S.R. of Romania*, *ibid.*, p. 313 (Italy, Court of Cassation [Joint Session]); *Danish Cultural Institute and Krogh v. Hansen*, *ibid.*, p. 325 (Italy, Court of Cassation [Joint Session]); *Velloso v. Borla and Others*, *ibid.*, p. 328 (Italy, Court of Cassation [Joint Session]); *Italian Trade Union for Embassy and Consular Staff v. United States*, *ibid.*, p. 338 (Italy, *Pretore* of Milan); *Bulli v. Foreign and Commonwealth Office of the United Kingdom*, *ibid.*, p. 343, (Italy *Pretore* of Venice); and *Gootjes v. Kingdom of Belgium*, *ibid.*, p. 372 (Netherlands, Local Court of Rotterdam). It is to be noted that in these decisions the courts did not take the view that contracts of employment *per se* did not qualify for the application of the criteria indicating the competence of the courts of the territorial State.

Ambassador Sucharitkul in his Fifth Report to the I.L.C. (A/CN.4/363, pp. 12-23) takes a rather more negative view of the judicial experience than does the writer of the present Report (*ibid.*, pp. 16-18). However, the draft Article 13 which Ambassador Sucharitkul presents reflects his perception that there is "an emerging trend" in favour of competence in the current practice of

States (*ibid.*, p. 22). The draft Article excludes competence, however, if "the proceedings relate to failure to employ an individual or dismissal of an employee". With respect, this limitation is too categorical and the present Rapporteur would prefer to leave the criterion offered above, subject only to the countervailing criteria of incompetence rather than qualified at source. It is to be recalled that the present draft is based on a concept of countervailing or interacting *criteria* rather than defined "exceptions" to a general principle of immunity.

However, it is worth noting that the original draft Article 13 proposed to the I.L.C. met with a lack of enthusiasm, and the Sixth Report of Ambassador Sucharitkul contains a new version of Article 13 which considerably reduces the ambit of the "exception" (A/CN.4/376, pp. 16-18). As provisionally adopted by the Commission in 1984, Article 13 provides :

" Article 13. Contracts of employment

1. Unless otherwise agreed between the States concerned, the immunity of a State cannot be invoked before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to a contract of employment between the State and an individual for services performed or to be performed, in whole or in part, in the territory of that other State, if the employee has been recruited in that other State and is covered by the social security provisions which may be in force in that other State.

2. Paragraph 1 does not apply if :

(a) the employee has been recruited to perform services associated with the exercise of governmental authority ;

(b) the proceeding relates to the recruitment, renewal of employment or reinstatement of an individual ;

(c) the employee was neither a national nor a habitual resident of the State of the forum at the time when the contract of employment was concluded ;

(d) the employee is a national of the employer State at the time the proceeding is instituted ;

(e) the employee and the employer State have otherwise agreed in writing, subject to any considerations of public policy conferring on the courts of the State of the forum exclusive jurisdiction by reason of the subject-matter of the proceeding." (*Yearbook, I.L.C., 1984, II [Pt.2], p. 63*).

The present Rapporteur does not find this formulation attractive, for the following reasons. First, the provision in paragraph 2 (b) is unnecessarily dogmatic. Secondly, the provision in paragraph 2 (a) is question-begging and merely involves a *renvoi* to the criteria of incompetence. Finally, the provisions of paragraph 2 (c) and (d) refer to connecting factors which are irrelevant to the present exercise.

The difficult issue of contracts of employment provokes one last comment. As Ambassador Sucharitkul has pointed out, there is an emerging trend against a dogmatic principle of immunity in this field; and it is to be seen in a good quantity of recent legislation, including the United Kingdom State Immunity Act, 1978 (section 4), the State Immunity Ordinance, 1981, of Pakistan (section 6), and the Australian Foreign States Immunities Act, 1985 (section 12). The European Convention on State Immunity 1972 (Article 5) and the Inter-American draft Convention on Jurisdictional Immunity of States 1983 (Article 6), are also evidence of the trend. This emerging trend contrasts with the position adopted within the International Law Commission and the Institute must express its own preference.

e) The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings concerning the death of, or personal injury to, a person, or loss of or damage to tangible property, attributable to an act or omission of a foreign State or its agent.

By way of introduction it must be point out that the issue of subject-matter jurisdiction is left aside in this as in other formulations in the present Report. As to the substance of the criterion indicating the competence of the legal system of the forum State, the case is essentially similar to the criteria involving commercial transactions and disputes arising from a relationship of a private law character. Thus general principles of law (the principles of good faith, reliance and unjust enrichment) favour the competence of the municipal law system. Unless the visiting State stipulates for, and the host State agrees to, a system of claims settlement by diplomatic means, or some other machinery at the inter-State level, it is reasonable to suppose that the visiting State assumes the risk that delicts incidental to the carrying out

of State purposes in the territory of the host State will fall within the normal system of dispute settlement. Indeed, the appropriateness of the local jurisdiction is suggested by the local remedies rule, the operation of which is particularly useful in cases of delict where there is a need to have a local judicial process to marshal material facts and to assess damages.

As Ambassador Sucharitkul noted in his Fifth Report to the International Law Commission (Addendum, A/CN.4/363/add. 1, p. 16), there is an "emerging trend" in favour of the competence of municipal courts in respect of non-contractual civil responsibility. After some vicissitudes (see his Sixth Report, A/CN.4/376, pp. 5-17), the Commission provisionally adopted the following text at its 1984 session :

" Article 14. Personal injuries and damage to property

Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from the jurisdiction of the courts of another State in respect of proceedings which relate to compensation for death or injury to the person or damage to or loss of tangible property if the act or omission which is alleged to be attributable to the State and which caused the death, injury or damage occurred wholly or partly in the territory of the State of the forum, and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission." (*Yearbook, I.L.C., 1984, II [pt.2], p. 66*).

The general principle as such receives recognition in some significant items of recent practice, including the following: the European Convention on State Immunity, 1972 (Article 11), the United States Foreign Sovereign Immunities Act 1976 (section 1605), the United Kingdom State Immunity Act 1978 (section 5), the Singapore State Immunity Act 1979 (section 7), the Canadian State Immunity Act 1982 (section 6), and the Australian Foreign States Immunities Act (section 13). However, the Pakistan State Immunity Ordinance 1981 makes no reference to the subject. The general principle also appears in the I.L.A. Montreal Draft Convention on State Immunity 1982 (Article III F) and the Inter-American Draft Convention on Jurisdictional Immunity of States 1983 (Article 6).

Whilst the case law is meagre there is some useful judicial experience: see *Holubek v. Government of the United States, Int. L.R., Vol. 40, p. 73* (Austria, Supreme Court); *Castro v. Saudi Arabia,*

ibid., Vol. 63, p. 419 (United States, District Court, Western District, Texas); *Ciniglio v. Indonesian Embassy*, *ibid.*, Vol. 65, p. 268 (Italy, Pretore of Rome).

There can be little doubt that the criterion of competence is not *a priori* inapplicable simply because the act complained of was accompanied by intention (*dolus*): cp. *Letelier v. Republic of Chile*, *Int. L.R.*, Vol. 63, p. 378 (United States, District Court, District of Columbia). This point can be expressed in a different form by saying that the conception that the visiting State takes the normal risks generated by its activities applies with no less force when the conduct concerned is *ultra vires* and abusive, as in the case of an assassination. (See also the view of Crawford on the *Letelier* issue: *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 8, at pp. 88-89).

(f) *The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings relating to any interest of a foreign State in movable or immovable property, being a right or interest arising by way of succession, gift or bona vacantia; or a right or interest in the administration of property forming part of the estate of a deceased person or a person of unsound mind or a bankrupt; or a right or interest in the administration of property of a company in the event of its dissolution or winding up; or a right or interest in the administration of trust property or property otherwise held on a fiduciary basis.*

The subject-matter covered by this criterion to a great extent attracts the *rationale* attaching to the leading criteria set forth above (criteria (a), (b), (c) and (d)). In any case it is necessary to take into account the additional element flowing from the functional necessities of the processes of judicial administration and supervision of property and interests in the contingencies listed.

The validity of the present criterion receives support in varying degrees from Ambassador Sucharitkul in his Fifth Report (A/CN.4/363/Add. 1, pp. 17-28); the draft Article 15 provisionally adopted by the International Law Commission in 1983 (*Yearbook*, 1983, II [pt. 2], p. 36); and recent legislation (United Kingdom State Immunity Act 1978 [section 6], the Pakistan State Immunity Ordinance 1981 [section 8], the Canadian State Immunity Act 1982 [section 8], and the Australian Foreign States Immunities Act 1985 [section 14]).

(g) *The legal system of the forum State is competent in so far as it has a supervisory jurisdiction in respect of an agreement to arbitrate between a foreign State and a natural or judicial person.*

This is no more than a criterion within the general approach adopted by the Rapporteur and the language of "implied waiver" has been deliberately avoided. The drafting also avoids making any actual prescription relating to the existence of a supervisory jurisdiction on the part of the courts of the seat of the arbitration. In these and other respects the formulation offered here differs from the draft Article 20 adopted by the International Law Commission in 1985 (Report to the G.A.); G.A. Off. Recs., 40th sess., Suppl. No. 10 (A/40/10), p. 157. There seems to be no point in referring to disputes relating to "civil or commercial matters" or the like, as this would involve an unjustified overlap with other criteria of competence. There is a limited quantity of case law: see, for example, *Libyan American Oil Company v. Socialist People's Arab Republic of Libya*, Int. L.R., Vol. 62, p. 220 (United States District Court, D.C.); same parties, *ibid.*, p. 225 (Sweden, Svea Court of Appeals); *Birch Shipping Corporation v. Embassy of U.R. of Tanzania*, Int. L.R., Vol. 63, p. 524 (U.S. District Court, D.C.); *Malagasy Republic v. Société Bruynzeel*, Int. L.R., Vol. 65, p. 51 (France, Tribunal de grande instance, Paris); *Corporacion del Cobre v. Braden Copper Corporation*, *ibid.*, p. 57 (the same). Whilst many of the decisions rely upon the concept of waiver, municipal courts show a proper caution in accepting arguments that arbitration clauses *without more* constitute a waiver of immunity: see *Chicago Bridge and Iron Company v. Islamic Republic of Iran*, Int. L.R., Vol. 63, p. 511 at pp. 519-521.

(h) *The legal system of the forum State is competent in respect of transactions in relation to which the reasonable inference is that the parties did not intend that the settlement of disputes would be on the basis of a diplomatic claim and the application of principles of public international law.*

It may be that this criterion is substantially superfluous. However, on balance it is considered worthy of inclusion for two reasons. First, the criterion encapsulates the concept of appropriate forum and presents the essence of a number of the criteria

formulated already. Secondly, it provides the necessary complement to criterion (c) of the series of criteria indicating the *incompetence* of the courts of the forum.

(i) *The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings relating to fiscal liabilities, income tax, customs duties, stamp duty, registration fees, and similar impositions, provided that such liabilities are the normal concomitant of commercial and other legal relationships in the context of the local legal system and provided further that the relevant legislation is applied without discrimination.*

The materials available contain a substantial quantity of commentary on this aspect of immunity: see the Sixth Report prepared for the International Law Commission by Ambassador Sucharitkul (A/CN.4/376, pp. 41-50). However, there is a relative absence of directly relevant source material and the commentary focuses primarily upon the distinct question of *jurisdiction* to tax foreign States. State practice is far from consistent in this area. The formulation proposed by the present Rapporteur rests upon two bases. In the first place, it is a general indicator or criterion rather than a rule about immunity. Secondly, the principle set forth reflects the three elements: the reference to fiscal liabilities *incidental* to commercial and other relationships within the local legal system; the normality of such liabilities according to the international standard in such matters; and the test of fairness in the mode of application.

The draft Article 17 provisionally adopted by the International Law Commission is in general terms: *Yearbook*, I.L.C., 1984, II (pt. 2), p. 69. Reference may also be made to the United Kingdom State Immunity Act 1978 (section 11); the Pakistan State Immunity Ordinance 1981 (section 12); and the Australian Foreign States Immunities Act 1985 (section 20).

Proposed text (Criteria indicating the competence of the legal system of the State of the forum).

The following criteria are indicative of the competence *ratione materiae* of the legal system of the forum State, but are not conclusive of the question of competence either individually or collectively:

(a) In the absence of agreement to the contrary, the legal system of the forum State is competent in respect of proceedings relating to a commercial transaction to which a foreign State (or its agent) is a party.

(b) The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings concerning legal disputes arising from relationships of a private law character to which a foreign State (or its agent) is a party; the class of relationships referred to includes (but is not confined to) the following legal categories: commercial contracts; contracts for the supply of services; loans and financing arrangements; guarantees or indemnities in respect of financial obligations; ownership, possession and use of property; the protection of industrial and intellectual property; the legal incidents attaching to incorporated bodies, unincorporated bodies and associations, and partnerships; actions *in rem* against ships and cargoes; and bills of exchange.

(c) The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings concerning legal disputes arising from relationships which are not classified in the forum as having a "private law character" but which nevertheless are based upon elements of good faith and reliance (legal security) within the context of the local law.

(d) The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings concerning contracts of employment and contracts for professional services to which a foreign State (or its agent) is a party.

(e) The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings concerning the death of, or personal injury to, a person, or loss of or damage to tangible property, attributable to an act or omission of a foreign State or its agent.

(f) The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings relating to any interest of a foreign State in movable or immovable property, being a right or interest arising by way of succession, gift or *bona vacantia*; or a right or interest in the administration of property forming part of the estate of a deceased person or a person of unsound mind or a bankrupt; or a right or interest in the administration of property of a company in the event

of its dissolution or winding up ; or a right or interest in the administration of trust property or property otherwise held on a fiduciary basis.

(g) The legal system of the forum State is competent in so far as it has a supervisory jurisdiction in respect of an agreement to arbitrate between a foreign State and a natural or juridical person.

(h) The legal system of the forum State is competent in respect of transactions in relation to which the reasonable inference is that the parties did not intend that the settlement of disputes would be on the basis of a diplomatic claim and the application of principles of public international law.

(i) The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings relating to fiscal liabilities, income tax, customs duties, stamp duty, registration fees, and similar impositions, provided that such liabilities are the normal concomitant of commercial and other legal relationships in the context of the local legal system and *provided further* that the relevant legislation is applied without discrimination.

IX. — *State Agencies and Political Subdivisions.*

There can be little doubt that this is one of the more intractable areas of the topic of State immunity. The case-law is confused and reveals no consistent principles. In his Preliminary Report the Rapporteur referred to the relevant provisions of the European Convention on State Immunity (Articles 27 and 28), and to Article I B of the I.L.A. Montreal Draft Convention of 1982, and pointed out that these formulations were far from being satisfactory : in particular, because it is inconvenient to adopt the test of "distinct" legal personality in the case of an agency of a State and then to rely, in the final analysis, upon a reference to acts performed by the entity "in the exercise of sovereign authority (*acta jure imperii*)". As Professor Crawford points out, it is unhelpful to use such question-begging formulae : *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 8, pp. 95-96.

At the least the fact of the separate incorporation of an entity as a legal person under municipal law should not automatically preclude immunity (and this view is supported by a majority of the

members of the Commission). It would in any case be contrary to good policy that a standard of international law should depend too closely upon the accidents of domestic law. However, the fact that the entity was a commercial shipping company with its own legal personality would naturally form part of the evidence that the appropriate forum was the municipal legal system and not the diplomatic plane: see *Société des Ets. Poclair v. Morflot U.S.S.R.*, *Int. L.R.*, Vol. 65, p. 67 (France, Tribunal de Commerce of Paris).

A further dimension to the problem is the undoubted fact that a State agency, such as a Central Bank, may exercise a variety of functions concurrently, and commercial activities may co-exist with official functions as a bank of issue and/or as an administrator of the foreign exchange reserves of the State; see, for example, the following decisions: *Blagojevic v. Bank of Japan*, *Int. L.R.*, Vol. 65, p. 63 (France, Court of Cassation [First Civil Chamber]); *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, *Int. L.R.*, Vol. 64, p. 111 (England, Court of Appeal); *Bengkalis v. Bank of Indonesia*, *Int. L.R.*, Vol. 65, p. 348 (Netherlands, Court of Appeal of Amsterdam); *Banque Centrale de la République de Turquie v. Weston Compagnie de Finance*, *ibid.*, p. 417 (Switzerland, Federal Tribunal). See also the cases concerning the National Iranian Oil Company: *Int. L.R.*, Vol. 65, pp. 212, 215. It is thus not possible to relate criteria directly to types of institution and flexibility is called for.

In face of these difficult problems the Rapporteur is strongly inclined to avoid offering precise principles and to leave the classification of the activity open to the application of the general criteria of competence/incompetence. The formal status of the entity is not a safe guide and the focus must be upon the nature of the activity, in the light of all the relevant circumstances and criteria, on a particular occasion. The need is for an absence of dogmatic indications and *exclusive* criteria, and the considerations advanced here apply with equal force to the position of constituent units of federal States and other political subdivisions of States.

Proposed text :

State agencies and political subdivisions.

(1) The general criteria of competence and incompetence set forth above are applicable to the activities of the agencies and

political subdivisions of foreign States whatever their formal designation of constitutional status in the State concerned.

(2) The fact that an agency or political subdivision of a foreign State possesses a separate legal personality as a consequence of incorporation or otherwise under the law of the foreign State does not preclude immunity in respect of its activities.

(3) The fact that an entity has the status of a constituent unit of a federal State, or a comparable status of special autonomy, under the law of the foreign State does not preclude immunity in respect of its activities.

X. — *Pre-judgment Attachment and Seizure in Execution.*

Whilst this area of problems has attracted a substantial literature of good quality it is not easy to find a consensus beyond a general trend of opinion favouring a move away from so-called "absolute immunity". The work of the Institute should be concentrated upon general principle and should therefore avoid the adoption of solutions favoured by particular legal systems. In any case, the municipal decisions produce very diverse outcomes and are frequently based upon reasoning which is not particularly thorough or consistent: see Crawford, *American Journal*, Vol. 75 (1981), p. 820 at pp. 834-52.

At the outset certain issues can be set on one side. The question of enforcement *in personam* against foreign officials is not in issue here and is classified under certain immunities *in personam* to be considered subsequently. Secondly, attachment of property *ad fundandam jurisdictionem* is a subject forming part of the law of jurisdiction (in so far as it is countenanced by international law), and is thus outside present concerns. Thirdly, the question of waiver, though particularly acute in the context of execution, falls within the principle of consent (which is examined separately).

The measures of forcible execution envisaged involve all measures directed against property of the foreign State (including funds in bank accounts) either for the purpose of enforcing judgments or for the purpose of pre-judgment attachment in aid of execution (*saisie conservatoire*).

The general approach to attachment and execution proposed

in the Preliminary Report received the approval of the majority of members of the Commission producing written comments (Bos, Crawford, Diez de Velasco, Francescakis, Sucharitkul and Takano). At the same time, Judge Bedjaoui expressed some reservations concerning the relationship between "immunity from jurisdiction" and "immunity from execution".

There can be no question but that the distinction between "immunity from jurisdiction" and "immunity from execution" reflects significant differences of degree in the sensitivities of foreign States: see Sinclair, Hague *Recueil*, Vol. 167, pp. 218-20. The Rapporteur is certainly not inclined to underestimate such differences. However, there are strong considerations of principle and policy which reinforce the view that, if the competence of the municipal legal system is justifiable in order to exercise jurisdiction and to produce a judgment, then there is a *prima facie* case for saying that the competence to enforce the resulting judgment is equally justifiable.

The course recommended by the Rapporteur is that the criteria of competence/incompetence proposed in the context of "immunity from jurisdiction" are applicable *mutatis mutandis* to the eligibility of property and assets for attachment and execution. This *modus operandi* does not involve the assumption that there are no differences between the two stages but rather assumes that appropriate weight will be given to the particular circumstances in which enforcement measures are applied to State property.

It follows that, whilst the criteria of competence/incompetence in principle remain unchanged when applied to enforcement measures, the mode of application, as in all cases, must reflect the precise facts. In the case of "immunity from jurisdiction", the legal system of the host State proposes only to exercise powers which are normative, demonstrative, and evaluative in character. Whilst there is a certain pressure to appear and defend, no enforcement is involved. In contrast, the exercise of a power of enforcement necessarily involves powers which are dispositive, administrative, custodial, and mandatory. Moreover, the exercise of subject-matter jurisdiction is in respect of *issues*, whereas enforcement jurisdiction calls for a physical intervention between the foreign State (as proprietor or lawful possessor) and that State's *control and enjoyment of the property itself*.

The natural consequence of these differences is that the resolution of the question of competence at the "jurisdiction over issues" stage will not automatically provide the resolution of the question of competence at the "enforcement" stage. The difference will be accentuated if execution is not confined to property related to the subject-matter over which jurisdiction has been exercised at the first stage. Creditors seeking to enforce money judgments against assets of the foreign State other than commercial instrumentalities such as ships, tourist offices, and aircraft, are likely to find that the shift of the characterisation, from *issues* to tangible property and bank accounts, results in a *raising* of the threshold of competence. The decision of the Federal Constitutional Court of the F.R.G. in 1977, *Int. L.R.*, Vol. 65, p. 146, is suggestive in this context. The decision involved the attempted seizure, in execution of a default judgment against the Republic of the Philippines for unpaid rent, of funds in two bank accounts in the name of the Philippine Embassy. The Court, after a careful investigation of the position in general international law, concluded that there was no rule which absolutely prohibited compulsory execution against the assets of a foreign State situated in the State of the forum. At the same time by 1977 the doctrine of restrictive immunity was well accepted by the courts of the F.R.G. In spite of these premisses the decision was in favour of immunity: the property was used for diplomatic purposes and to investigate the precise proportion of the funds devoted to non-immune purposes would constitute an intervention in the domestic affairs of the foreign State.

In the sphere of pre-judgment attachment and execution, the case law and the practice of States in the form of legislation is far from coherent. The European Convention on State Immunity prohibits measures of execution (in the absence of express waiver) except in respect of State merchant ships: Articles 23 and 30. However, the legislation which accepts that execution is not prohibited in principle tends to apply the normal tests of immunity to the question of enforcement: see the United Kingdom State Immunity Act 1978 (section 13 [4]); the Pakistan State Immunity Ordinance 1981 (section 14); the Canadian State Immunity Act 1982 (section 11); and the Australian Foreign State Immunities Act 1985

(sections 30 and 32). Whilst the picture is relatively obscure, some leading elements in the case law take the position that the criteria of competence are in principle the same for enforcement as for jurisdiction: see *Republic of Iran and Others v. Sociétés Eurodif and Sofidif*, *Int. L.R.*, Vol. 65, p. 93 (France, Court of Appeal of Paris [First Chamber]), at p. 97; *In re The Charkow*, *ibid.*, p. 100 (F.R.G., *Landgericht* of Bremen), at pp. 104-5; *Philippine Embassy Bank Account* case, *ibid.*, p. 146 (F.R.G., Federal Constitutional Court), at pp. 164-6; *N.I.O.C. Revenues from Oil Sales* case, *ibid.*, p. 215 (F.R.G., Federal Constitutional Court); *United Arab Republic v. Mrs. X*, *ibid.*, p. 385 (Switzerland, Federal Tribunal), at p. 391; *Italian Republic v. Beta Holding S.A.*, *ibid.*, p. 394 (Switzerland, Federal Tribunal); *Banque Commerciale Arabe S.A.* case, *ibid.*, p. 412 (Switzerland, Federal Tribunal); *Arab Republic of Egypt v. Cinetelevision International Registered Trust*, *ibid.*, p. 425 (Switzerland, Federal Tribunal); *Trendtex v. Central Bank of Nigeria*, *Int. L.R.*, Vol. 64, p. 111 (England, Court of Appeal); *Hispano Americana Mercantil S.A. v. Central Bank of Nigeria*, *ibid.*, p. 221 (England, Court of Appeal). The draft Articles under consideration within the International Law Commission adopt a similar approach; see draft Article 22, Eighth Report of Ambassador Sucharitkul, A/CN.4/396, p. 24.

The approach recommended by the Rapporteur — the application of the two sets of countervailing criteria — is both more flexible and more logical than the piecemeal and contradictory approaches to be seen in the recent legislation.

A major element in the picture is the relevance of diplomatic and consular immunities to the subject of enforcement: see Hazel Fox, *Int. and Comp. Law Qlty.*, Vol. 34 (1985), pp. 115-41. From time to time creditors seek to use available enforcement measures against bank accounts of foreign missions. There is a certain curiosity in the fact that the Vienna Convention on Diplomatic Relations does not provide immunity for the bank accounts of diplomatic missions: Fox, *op. cit.*, pp. 126-32. In the *Philippine Embassy* case, *Int. L.R.*, Vol. 65, p. 146, the Federal Constitutional Court recognised a rule of general international law that property used by the sending State for the performance of its diplomatic function enjoyed immunity; and this view was adopted by the

House of Lords in *Alcom v. Republic of Colombia*, [1984] A.C. 580 ; *British Year Book*, Vol. 55, p. 340.

For present purposes, two points stand out. In the first place, it is necessary in the course of proposing principles to do so without prejudice to the rules of general international law relating to diplomatic and consular relations. Secondly, there is no real possibility of devising rules for attachment of "mixed purpose" bank accounts to the extent that an account is used for non-immune purposes. Any such rules would conflict with the existing law and practice concerning diplomatic missions in the case of embassy accounts. Moreover, in any event the idea of attachment *to the extent* that a fund is used for non-immune purposes involves very considerable difficulties in practice : see Crawford, *American Journal*, Vol. 75 (1981), p. 820 at p. 863 ; Fox, *Int. & Comp. Law Qlty.*, Vol. 34 (1985), p. 115 at pp. 116-21 ; *Philippine Embassy Bank Account case*, *Int. L.R.*, Vol. 65, p. 146.

The United States Foreign States Immunities Act restricts the principal exception to immunity from execution to the cases in which "the property is or was used *for the commercial activity upon which the claim is based*" (section 1610 [a] [2]). This formulation is eccentric and the Rapporteur does not recommend the adoption of the restriction. The emerging trend in State practice supports the view that State property set aside in circumstances which attract immunity from jurisdiction will also attract immunity from execution (cp. Crawford, *op. cit.*, p. 862). There is little or no justification for the use of a formula requiring that property should be eligible for enforcement measures only if it is "exclusively" or "substantially" used for non-immune purposes. And in this connection it may be noted that the approach on the basis of the two sets of criteria of competence/incompetence allows for a certain flexibility.

Enforcement and State Agencies.

In certain cases, State legislation places emphasis upon the role of State agencies with separate legal personality as organs of the State (see, for example, the Canadian State Immunity Act 1982, sections 2 and 11 [2]), and writers have pointed out that it is reasonable to assume that property or funds of separate State instru-

mentalities, such as commercial entities, should be more generally available for execution in respect of their non-immune transactions : see Crawford, *American Journal*, Vol. 75 (1981), p. 865. However, the general considerations advanced earlier in the context of "immunity from jurisdiction" (Part IX above) apply with no less force in the context of enforcement. Thus the fact of separate legal personality should not automatically determine the incidence of immunity ; a State agency, such as a Central Bank, may have a variety of functions concurrently ; and the incidence of immunity should not depend upon the accidents and forms of domestic legal systems.

Consequently, the eligibility of property and funds for measures of enforcement should depend upon the criteria of competence/incompetence proposed in the context of "immunity from jurisdiction". The mode of application of these criteria at the "enforcement" stage has been examined already. There is no useful purpose to be served in proposing any special rule relating to enforcement in respect of the property of State agencies, and, when such special rules have appeared in recent legislation, the relevant formulations have been no more than a dogmatic and perfunctory rehearsal of the criteria which concern "immunity from jurisdiction" (cp. section 11 of the Canadian State Immunity Act 1982 ; and sections 30 to 35 of the Australian Foreign States Immunities Act 1985).

Proposed text :

Pre-judgment attachment and seizure in execution.

(1) The property of a foreign State is not subject to any process or order of the courts of another State, whether the State of the forum or some other State, for the satisfaction or enforcement of a judgment or order, or for the purpose of pre-judgment measures in preparation for execution, except as provided for in the provisions of the present Article.

(2) The eligibility of the property of a foreign State for measures of enforcement or pre-judgment measures in preparation for execution is determined by the application of the general criteria of competence and incompetence set forth in Article II and III of these Resolutions.

(3) The provisions of paragraphs (1) and (2) of the present Article apply to property of, or property in the possession of, State agencies and political subdivisions of foreign States whatever their formal designation or constitutional status in the State concerned.

(4) The possession of separate legal personality by State agencies and the political subdivisions of foreign States does not preclude ineligibility of their property for measures of enforcement or prejudgment measures in preparation for execution.

(5) The fact that an entity has the status of a constituent unit of a federal State, or a comparable status of special autonomy, under the law of the foreign State does not preclude ineligibility of its property for measures of enforcement or pre-judgment measures in preparation for execution.

(6) The legal system of the forum State shall give appropriate effect to the principle of proportionality as between the remedy sought and the consequences of enforcement measures in the course of applying the criteria of eligibility referred to in paragraph (2) above.

XI. — *The Principle of Consent.*

The role of consent as presented in the Preliminary Report did not attract much attention from members of the Commission, with the exception of Judge Bedjaoui, who produced a substantial commentary. After further consideration the Rapporteur proposes to approach the issue of consent in the light of the following distinctions.

First: the elements of risk or consent which appear in the criteria of competence/incompetence set forth above are to be set apart. The criteria are not, individually, conclusive of the issue of immunity, whereas the principle of consent operates in a significantly different way and is conclusive in effect.

Secondly: it is obvious that privileges and immunities which would not otherwise exist may be accorded by the express grant of the territorial sovereign. The legal basis of such immunities is simply the general principle of consent in international law.

Thirdly: in circumstances in which immunity exists (or is problematical) the foreign State may consent to the exercise of jurisdiction or to the taking of measures of execution. In principle this process of waiver is no more than a further application of the general principle of consent in international law. Thus it may be *ad hoc* or take the form of a treaty provision that immunity will not be invoked as a bar to the enforcement of awards: see the Agreements relating to the establishment of the U.S.-Iran Claims Tribunal, *I.L.M.*, Vol. 20 (1981), p. 223.

Two further considerations may be offered. Since the principle of consent is an independently operating principle of general international law, its application in the sphere of immunity "is distinctive of immunity itself and not in any sense an exception thereto": Report of the I.L.C., 34th session; *Yearbook*, I.L.C., 1982, II (pt. 2), pp. 107-9 (at p. 108, para. 8). The second consideration follows from the first. There is no attraction in using the theory of "implied consent" to aggrandise "exceptions" to the principle of immunity, so to speak, as a flag of convenience. Waiver should in principle exist on the basis of facts indicating a real and not a presumptive consent: *ibid.*, (at p. 108, para. 8). For present purposes it is necessary only to refer to the principle of consent more or less by way of a *provisio* or "without prejudice" clause.

Proposed text:

The Principle of Consent.

(1) The above provisions are without prejudice to the operation of the principle of consent as a principle of general international law.

(2) A foreign State will be barred from invoking immunity from jurisdiction or from enforcement measures in respect of State property if it has expressly consented to the exercise of the relevant type of jurisdiction by the legal system of the forum State:

- (a) by international agreement;
- (b) in a written contract;
- (c) by a declaration relating to a specific case;
- (d) by a voluntary submission to jurisdiction in the form of

the institution of proceedings in the legal system of the forum State; or

(e) by a voluntary submission to jurisdiction in the form of intervention in proceedings in the legal system of the forum State for the purpose of pursuing issues related to the merits.

Commentary:

These draft provisions are based upon Articles 8 and 9 of the draft articles provisionally adopted by the International Law Commission in 1982: see *Yearbook*, I.L.C., 1982, II (pt. 2), pp. 107-11. However, the drafting is different to some extent, particularly in respect of the points covered by Article 9 of the Commission's draft: see paragraphs 2 (d) and (e) of the present draft. The difference reflects two considerations. First, the need to emphasise the requirement of a real consent rather than a presumed consent resulting from ignorance. Secondly, the desirability of placing emphasis not upon particular conduct as such (participation in a proceeding) but upon that conduct *as evidence of consent* to the exercise of competence.

Finally, it is a question whether it is necessary to include a provision similar to Article 9, paragraph 3, of the I.L.C. draft:

"Failure on the part of a State to enter an appearance in a proceeding before a court of another State shall not be considered as consent of that State to the exercise of jurisdiction by that court."

The Rapporteur is not convinced that such a provision is called for but would welcome the views of his colleagues on the point (see *Yearbook*, I.L.C., 1982, II (pt. 2), p. 111, para. 9).

XII. — *Heads of State, Ministers of Foreign Governments, and Heads of Diplomatic Missions*

With the exception of Professor Diez de Velasco, the majority of members of the Commission considered that these topics should be kept within the framework of the study. The work of Ambassador Sucharitkul as Rapporteur of the International Law Commission, and the Report of the Commission on the work of the thirty-fourth session, have been of considerable assistance: see *Yearbook*, I.L.C., 1981, II (pt. 1), pp. 139-40, paras. 39-41 (Third

Report of the Rapporteur) ; *Yearbook*, I.L.C., 1982, II (pt. 2), pp. 105-6 (Report of the Commission to the General Assembly). The following materials have also been consulted : Rousseau, *Droit international public*, IV, 1980, pp. 117 *et seq.* ; Cahier, *Le Droit diplomatique contemporain*, 1962, pp. 333 *et seq.* ; Parry (ed.), *British Digest of International Law*, Vol. 7, 1965, pp. 82-123 ; Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. 6 (released February 1968), pp. 585-88 ; Sinclair, *Hague Recueil*, Vol. 167, pp. 197-8 ; Oppenheim, *International Law*, Vol. I, 8th ed., pp. 758-64 ; *Prince of X Road Accident case* ; *Int. L.R.*, Vol. 65, p. 13 (Austria, Supreme Court) ; *Société Jean Dessès v. Prince Farouk*, *ibid.*, p. 37 (France, Tribunal de grande instance of the Seine) ; *Ruler of Faridkhot case*, *Int. L.R.*, Vol. 64, p. 523 (India, Supreme Court), at p. 528 ; and *Qureshi v. U.S.S.R.*, *ibid.*, p. 585 (Pakistan, Supreme Court), at p. 617.

Two general conclusions can be offered. The first, and principal, conclusion must be that heads of State, ministers of foreign governments, and heads of diplomatic missions are for many purposes part of the general class of State agencies or instrumentalities. Consequently, aside from the particular privileges and immunities attaching *ratione personae*, their conduct and transactions on behalf of the State concerned are susceptible to examination for the purpose of deciding whether competence *ratione materiae* exists. In other words, the question of competence *ratione materiae* will as a matter of principle remain the same question, whether the transaction or conduct involved originated in the acts of the head of State or foreign minister, or some other agency of the State concerned. The second conclusion is based on the premiss that the present study does not extend to the personal privileges and immunities of heads of State, ministers and heads of diplomatic mission. Thus it is necessary to give an unequivocal indication that the Resolutions proposed are *without prejudice* to such personal privileges and immunities.

The draft proposed is intended to reflect these conclusions.

Proposed text :

Privileges and Immunities ratione personae of Heads of State, Ministers of Foreign Governments, and Heads of Diplomatic Missions.

(1) For the purposes of the present Articles, "foreign State" and "State agency" include, but are not confined to, heads of State, ministers of foreign governments, and heads of diplomatic missions.

(2) The present Articles are without prejudice to the definition, application and enforcement of the privileges and immunities *ratione personae* attaching to heads of State, ministers of foreign governments, and heads of diplomatic missions, together with members of their families forming part of their households and their private servants, as recognised by general international law and relevant multilateral conventions.

(3) Subject to the provisions of paragraph (2) of the present Article, the existence of the competence of the legal system of the forum State *ratione materiae* is not excluded by the fact that the act or transaction originated in an act or transaction of a head of State or other State agent enjoying privileges and immunities *ratione personae*.

XIII. — Possible Supplementary Provisions.

There may be a certain need to provide clarifications in two respects. In the first place, the principles governing the question of competence are subject to variation by express agreement and do not have the character of *jus cogens*. Secondly, the formulations proposed are entirely without prejudice to the question of subject-matter jurisdiction in its positive form. The question of immunity can only arise when the basis for subject-matter jurisdiction is either assumed or established: the question of "immunity *ratione materiae*" cannot be equated with the prior issue of subject-matter jurisdiction. Consequently, for present purposes the "title to immunity", as a matter of determination of the appropriate forum *ratione materiae*, is not related to the existence of connecting factors which would be relevant to the prior issue of (subject-matter) jurisdiction in general international law.

The Rapporteur is not persuaded that these clarifications should be embodied in specially formulated "supplementary provisions" but will produce an appropriate draft if Members of the Commission consider such provisions to be desirable.

Oxford, October 1986.

Draft set of Resolutions

The Institute of International Law,

Whereas the problems concerning the jurisdictional immunities of States constitute a substantial source of difficulty in the relations of States ;

Whereas significant trends have appeared both in the practice of States and in doctrine and jurisprudence since the adoption of a Resolution on the immunities of foreign States at the Aix-en-Provence session of the Institute in 1954 ;

Whereas it is useful to propose formulations which reflect the essential considerations of principle and policy in respect of the jurisdictional immunities of States,

Adopts the following Resolutions :

Article I

The principle of immunity

The principle of the immunity of States from the jurisdiction of other States is recognised and shall be applied in accordance with the criteria contained in the provisions of this Resolution.

Article II

Criteria indicating the incompetence of the legal system of the State of the forum

In determining the question of the competence of the legal system of the forum State each case is to be characterised on its merits in the light of the relevant facts and the relevant criteria, both of competence and incompetence ; no presumption is to be

applied concerning the dominance or priority of either group of criteria.

The following criteria are indicative of the incompetence *ratione materiae* of the legal system of the forum State but are not conclusive of the question of competence either individually or collectively :

(a) The validity, meaning and effect of the transactions of sovereign States in terms of public international law cannot be the object of adjudication in the municipal courts of other States.

(b) The validity, meaning and effect of the internal administrative and legislative acts of sovereign States in terms of international law cannot be the object of adjudication in the municipal courts of other States.

(c) The legal system of the forum State should not assume competence in respect of issues the resolution of which has been allocated to a remedial context other than the legal system of the forum.

(d) The content, conduct and precise implementation of the foreign and defence policies of foreign States are matters outside the competence of the legal system of the forum State.

(e) Arbitrations between States are outside the jurisdiction of the State in the territory of which the arbitral procedure is conducted.

(f) Transactions relating to the validity, meaning and implementation of an intergovernmental agreement creating agencies, institutions or funds subject to the rules of public international law are not within the competence of the legal system of the forum State.

Article III

Criteria indicating the competence of the legal system of the State of the forum

The following criteria are indicative of the competence *ratione materiae* of the legal system of the forum State, but are not conclusive of the question of competence either individually or collectively :

(a) In the absence of agreement to the contrary, the legal system of the forum State is competent in respect of proceedings relating to a commercial transaction to which a foreign State (or its agent) is a party.

(b) The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings concerning legal disputes arising from relationships of a private law character to which a foreign State (or its agent) is a party; the class of relationships referred to includes (but is not confined to) the following legal categories: commercial contracts; contracts for the supply of services; loans and financing arrangements; guarantees or indemnities in respect of financial obligations; ownership, possession and use of property; the protection of industrial and intellectual property; the legal incidents attaching to incorporated bodies, unincorporated bodies and associations, and partnerships; actions *in rem* against ships and cargoes; and bills of exchange.

(c) The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings concerning legal disputes arising from relationships which are not classified in the forum as having a "private law character" but which nevertheless are based upon elements of good faith and reliance (legal security) within the context of the local law.

(d) The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings concerning contracts of employment and contracts for professional services to which a foreign State (or its agent) is a party.

(e) The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings concerning the death of, or personal injury to, a person, or loss of or damage to tangible property, attributable to an act or omission of a foreign State or its agent.

(f) The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings relating to any interest of a foreign State in movable or immovable property, being a right or interest arising by way of succession, gift or *bona vacantia*; or a right or interest in the administration of property forming part of the estate of a deceased person or a person of unsound mind or a bankrupt; or a right or interest in the administration of property of a company in the event of its dissolution or winding up; or a right or interest in the

administration of trust property or property otherwise held on a fiduciary basis.

(g) The legal system of the forum State is competent in so far as it has a supervisory jurisdiction in respect of an agreement to arbitrate between a foreign State and a natural or juridical person.

(h) The legal system of the forum State is competent in respect of transactions in relation to which the reasonable inference is that the parties did not intend that the settlement of disputes would be on the basis of a diplomatic claim and the application of principles of public international law.

(i) The legal system of the forum State is competent in respect of proceedings relating to fiscal liabilities, income tax, customs duties, stamp duty, registration fees, and similar impositions, provided that such liabilities are the normal concomitant of commercial and other legal relationships in the context of the local legal system and *provided further* that the relevant legislation is applied without discrimination.

Article IV

State agencies and political subdivisions

(1) The general criteria of competence and incompetence set forth above are applicable to the activities of the agencies and political subdivisions of foreign States whatever their formal designation or constitutional status in the State concerned.

(2) The fact that an agency or political subdivision of a foreign State possesses a separate legal personality as a consequence of incorporation or otherwise under the law of the foreign State does not preclude immunity in respect of its activities.

(3) The fact that an entity has the status of a constituent unit of a federal State, or a comparable status of special autonomy, under the law of the foreign State does not preclude immunity in respect of its activities.

Article V

Pre-judgment attachment and seizure in execution

(1) The property of a foreign State is not subject to any process or order of the courts of another State, whether the State of the forum or some other State, for the satisfaction or enforcement of a judgment or order, or for the purpose of pre-judgment measures in preparation for execution, except as provided for in the provisions of the present Article.

(2) The eligibility of the property of a foreign State for measures of enforcement or pre-judgment measures in preparation for execution is determined by the application of the general criteria of competence and incompetence set forth in Articles II and III of these Resolutions.

(3) The provisions of paragraphs (1) and (2) of the present Article apply to property of, or property in the possession of, State agencies and political subdivisions of foreign States whatever their formal designation or constitutional status in the State concerned.

(4) The possession of separate legal personality by State agencies and the political subdivisions of foreign States does not preclude ineligibility of their property for measures of enforcement or pre-judgment measures in preparation for execution.

(5) The fact that an entity has the status of a constituent unit of a federal State, or a comparable status of special autonomy, under the law of the foreign State does not preclude ineligibility of its property for measures of enforcement or pre-judgment measures in preparation for execution.

(6) The legal system of the forum State shall give appropriate effect to the principle of proportionality as between the remedy sought and the consequences of enforcement measures in the course of applying the criteria of eligibility referred to in paragraph (2) above.

Article VI

The principle of consent

(1) The above provisions are without prejudice to the operation of the principle of consent as a principle of general international law.

(2) A foreign State will be barred from invoking immunity from jurisdiction or from enforcement measures in respect of State property if it has expressly consented to the exercise of the relevant type of jurisdiction by the legal system of the forum State :

(a) by international agreement ;

(b) in a written contract ;

(c) by a declaration relating to a specific case ;

(d) by a voluntary submission to jurisdiction in the form of the institution of proceedings in the legal system of the forum State ; or

(e) by a voluntary submission to jurisdiction in the form of intervention in proceedings in the legal system of the forum State for the purpose of pursuing issues related to the merits.

Article VII

Privileges and immunities ratione personae of heads of State, ministers of foreign governments, and heads of diplomatic missions

(1) For the purposes of the present Articles, "foreign State" and "State agency" include, but are not confined to, heads of State, ministers of foreign governments, and heads of diplomatic missions.

(2) The present Articles are without prejudice to the definition, application and enforcement of the privileges and immunities *ratione personae* attaching to heads of State, ministers of foreign governments, and heads of diplomatic missions, together with members of their families forming part of their households and their private servants, as recognised by general international law and relevant multilateral conventions.

(3) Subject to the provisions of paragraph (2) of the present Article, the existence of the competence of the legal system of the

forum State *ratione materiae* is not excluded by the fact that the act or transaction originated in an act or transaction of a head of State or other State agent enjoying privileges and immunities *ratione personae*.

Annex

Observations of the Members of the Fourteenth Commission on Professor Brownlie's Preliminary Report and Questionnaire.

1. *Observations de M. Mohammed Bedjaoui*

Alger, le 26 juillet 1983

Mon cher Confrère,

Je vous adresse toutes mes félicitations pour votre « Exposé préliminaire » sur « *les aspects récents de l'immunité de juridiction des Etats* ». Il fait très clairement le point de la situation dans ce domaine et aussi dans le domaine voisin de l'immunité d'exécution des Etats.

Je vous prie de trouver ci-après quelques réponses que j'ai essayé d'apporter à votre questionnaire :

Question 1.

A. — Je partage entièrement votre point de vue. L'expression « immunité de juridiction des Etats » ne doit pas être prise dans un sens trop étroit et trop littéral. Le rapporteur doit faire — et il s'en est bien acquitté — une étude aussi complète du sujet que possible, en tenant certes compte des « aspects récents » de la question des immunités d'Etat, mais aussi en apportant des solutions à l'ensemble des difficultés que connaît la matière, notamment à la lumière des « aspects récents » du problème.

B. — Les « aspects récents » ne peuvent être en effet intelligibles sans leur insertion dans un examen complet et général du sujet. C'est ce que fort opportunément Sir Ian Sinclair avait fait lorsqu'il a voulu traiter les « récents développements » de l'immunité d'Etat (Sir Ian SINCLAIR, « *The law of sovereign immunity. Recent Developments* », *R.C.A.D.I.*, 1980, II, tome 167, p. 113-284).

C. — Lorsque l'Institut de Droit international avait procédé au réexamen de la question de « L'immunité de juridiction et d'exécution forcée des Etats étrangers » en 1951 (*Annuaire I.D.I.*, 1952, vol. 44, t. I, p. 36 et suiv.) et en 1954 (*ibid.*, vol. 45, t. II, p. 293 et suiv.), il s'est naturellement attaché à l'évolution récente de l'époque. Mais à la lumière de celle-ci, il a procédé à une *refonte complète* de son « *Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les Etats, souverains ou chefs d'Etat étran-*

gers ». La résolution de l'Institut du 30 avril 1954, session d'Aix-en-Provence, précisait bien que :

« L'Institut,

Reprenant l'examen des résolutions votées à Hambourg en 1891 ;

Observant toutefois que depuis cette époque de nouvelles questions se sont posées qui appellent une solution,

Déclare adopter les résolutions suivantes... », etc.

D. — Le titre retenu pour les travaux de l'Institut aujourd'hui semble plus restrictif qu'auparavant. Il y est question littéralement des aspects récents de la seule immunité « *de juridiction* » des Etats, alors que depuis la session de Hambourg de 1891 on avait toujours examiné à la fois les problèmes de l'immunité juridictionnelle et ceux de l'immunité « *d'exécution forcée* » des Etats. Je partage votre point de vue, mon cher Collègue, et vous suis reconnaissant d'avoir aussi couvert, dans votre réflexion, le sujet de l'immunité d'exécution.

Question 2.

A. — La distinction entre « l'immunité *in personam* » et « l'immunité *ratione materiae* » est habituelle. Elle constitue un héritage historique ; elle est comode et largement employée ; mais la dénomination de ces deux immunités est techniquement assez déficiente et leur opposition n'est peut-être pas juridiquement fondée.

B. — La catégorie de « l'immunité *in personam* » relève de l'approche historique, lorsque l'immunité considérée a été reconnue et attachée à la *personne* du souverain, chef d'Etat étranger. On peut conserver cette dénomination, mais il doit être parfaitement clair qu'il n'existe pas en vérité d'immunité personnelle, mais seulement une immunité *fonctionnelle*, c'est-à-dire une exemption de juridiction *en raison des fonctions* assumées par tel organe ou telle personne. Cela est si vrai que cette immunité faussement « personnelle » disparaît non pas avec la disparition de la personne, mais avec celle de la fonction. Je reviendrai sur ce point à l'occasion de la question 6, plus bas.

C. — Quant à « l'immunité *ratione materiae* », on devrait éviter les confusions sur ce point. C'est, je crois, le professeur Niboyet qui a clarifié le problème (NIBOYET, « Immunité de juridiction et incompétence d'attribution », *Rev. critique*, Paris, 1950, p. 139 et suiv.). On ne peut pas dire qu'il existe, à proprement parler, une immunité *ratione materiae*. Il s'agirait plutôt d'une « *incompétence d'attribution* » des tribunaux locaux, d'où il résulte une immunité de l'Etat étranger.

Il existe une compétence *ratione materiae* et *ratione loci* des juridictions locales pour application normale du principe dit de *territorialité*. Mais une exception est apportée à cette compétence naturelle par application d'un second principe, dit principe de *souveraineté*, du fait de la qualité du défendeur qui

est un Etat étranger souverain et auquel on accorde de ce fait une immunité *ratione personae*. Celle-ci est reconnue en fonction de la qualité du défendeur.

Quant à l'immunité *ratione materiae*, elle est le résultat plutôt d'une incompétence *ratione materiae* du juge local, qui examine dans ce cas, non pas la qualité du défendeur, mais la nature de son acte.

D. — L'opposition immunité *in personam* et immunité *ratione materiae* n'a de plus en plus qu'un intérêt limité, en plus des impropriétés de la dénomination. De plus en plus, les juridictions locales examinent la nature de l'acte et ne reconnaissent que les *immunités fonctionnelles*, c'est-à-dire l'exemption de juridiction pour les actes de puissance publique de l'Etat ou du chef d'Etat étranger, à l'exclusion des actes de gestion patrimoniale privée de l'un ou de l'autre. On peut donc parler moins d'une immunité personnelle et d'une immunité *ratione materiae*, que globalement d'une incompétence d'attribution des juridictions locales du fait d'une « *immunité fonctionnelle* » couvrant des actes officiels étrangers.

Question 3.

A. — A mon avis, les juridictions locales ne peuvent pas jouir d'un pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution d'un Etat étranger. Une codification précise de ces questions contribuerait à l'instauration d'un « *régime immunitaire d'Etat* » généralisé et l'acceptation de ce statut par les Etats, comme statut de droit international, permettrait d'éviter tout pouvoir discrétionnaire de la part des juridictions locales.

B. — Dans l'application de ce régime immunitaire de droit international, les juridictions locales disposeront d'autant moins d'un pouvoir discrétionnaire si le droit international met à leur disposition des *critères fiables* opérationnels, notamment pour distinguer le *jus gestionis* et le *jus imperii*, qui est la *summa divisio* en cette matière. Je reviendrai sur cette question plus loin.

Question 4.

A. — J'apprécie beaucoup vos remarquables efforts, mon cher Collègue, en vue de systématiser et de synthétiser la jurisprudence, la doctrine et la pratique des Etats. Ces efforts vous ont permis de dégager les principes qui gouvernent l'immunité d'Etat et donc les cas d'incompétence des juridictions locales.

Les quatorze cas d'incompétence des tribunaux nationaux que vous avez ainsi retenus me paraissent acceptables.

B. — Ces cas couvrent pratiquement les « *actes de puissance publique* » pris par un Etat étranger ou, si l'on préfère, les « *actes officiels d'Etat* » (c'est-à-dire les actes constitutionnels, les actes de gouvernement, les actes législatifs — notamment les mesures de nationalisation —, les actes de l'administration — y compris les actes des forces armées —, les actes diplomatiques,

les actes d'exécution et d'interprétation des traités internationaux, les actes de réquisition administrative, les actes de police, les emprunts publics).

Sur les quatorze cas d'incompétence d'attribution des juridictions locales, je n'aurai pas d'observations importantes à formuler et j'agréé votre approche et votre analyse. Je voudrais toutefois examiner deux rubriques. Il s'agit : des actes concernant *les forces armées* ; et des actes *d'emprunts publics*.

C. — *Les actes des forces armées*. — Il faudrait par commodité sinon par principe, distinguer deux situations très différentes relatives au statut des forces armées de l'Etat étranger :

a) *les forces alliées* stationnées ou opérant sur le territoire de l'Etat, avec le consentement de celui-ci, soit en temps de guerre, soit plus souvent en temps de paix (installation de bases militaires, création de quartiers généraux de défense alliés) ;

b) *les forces d'occupation militaire étrangère*, à la suite d'une guerre.

a) Dans le premier cas, des *conventions et accords* entre l'Etat d'envoi et l'Etat de séjour sont en général conclus. Il s'agit là d'une *rencontre de deux volontés étatiques souveraines qui crée un statut des forces alliées, déterminant la nature, le degré et l'étendue des immunités conférées aux forces armées d'un Etat étranger*. Dans ce cas, les juridictions locales ont à appliquer purement et simplement les textes que le gouvernement de l'Etat de séjour dont elles relèvent a dûment signés et ratifiés.

Parfois, sur la base de ces accords, *l'Etat d'accueil engage sa propre responsabilité* devant ses propres juridictions locales aux fins de réparer les préjudices matériels, les dommages corporels et autres, subis par ses ressortissants du fait de la présence sur son sol de troupes étrangères alliées. L'Etat de séjour répare dans ce cas la faute des forces de l'Etat étranger comme s'il s'était agi de la sienne propre ou de celle d'un de ses services publics nationaux. Dans cette hypothèse *une conciliation remarquable est obtenue entre la compétence d'attribution des juridictions locales* (qui est mise en œuvre) et qui protège effectivement le ressortissant victime, et *l'immunité de juridiction et d'exécution de l'Etat étranger* (qui est respectée aussi dans ce cas) : l'Etat d'accueil s'interpose. *Ainsi se trouvent satisfaits les deux principes de territorialité et de souveraineté, ainsi d'ailleurs que celui de légalité*.

On rencontre d'autres solutions encore dans les conventions conclues entre l'Etat de séjour et l'Etat étranger. C'est ainsi que parfois non seulement l'Etat étranger jouit de l'« *immunité de juridiction* » pour ses forces armées, mais qu'il bénéficie d'un « *privilège* » de juridiction en territoire étranger. En d'autres termes, l'Etat étranger non seulement échappe aux juridictions locales, mais exerce sa propre juridiction par le moyen de tribunaux de ses armées fonctionnant sur le territoire de l'Etat de séjour pour des infractions impliquant des membres de ses forces. Ces accords reconnaissent la compétence exclusive de l'Etat étranger sur les membres de ses armées en territoire d'accueil.

Mais l'expérience a montré que de telles solutions sont peu durables. L'Etat hôte s'en accommode mal et désire exercer lui-même sa juridiction par ses tribunaux, au moins sur ses propres ressortissants. Les critères d'attribution de compétence (aux tribunaux de l'Etat de séjour ou à ceux de l'Etat étranger fonctionnant auprès des armées) ajoutent parfois à la frustration (notion d'acte commis dans l'exercice ou à l'occasion des fonctions; notion d'acte détachable du service; notion d'infraction commise à l'intérieur ou à l'extérieur des bases militaires, etc.).

En dépit des liens parfois étroits d'alliance, l'immunité de juridiction des forces armées n'a pas toujours été appliquée. Les obstacles à sa généralisation ne sont pas le fait du seul pays hôte. Il est arrivé que l'Etat d'origine considère comme absolument normal l'exercice par les autorités de l'Etat de séjour de prérogatives juridictionnelles à l'égard de ses forces stationnées dans ce dernier Etat. L'Etat d'origine a donc volontairement abandonné son immunité de juridiction. Dans le même esprit, l'Etat de séjour lui-même a refusé d'héberger sur son territoire des forces étrangères s'il n'avait pas les moyens juridictionnels de contrôler leurs activités. Il a assimilé le statut des troupes étrangères à celui de son armée nationale, ou bien, s'il n'est pas allé jusque-là, il s'est reconnu un droit de regard sur l'activité des forces alliées étrangères.

Un autre type de solution figure dans d'autres accords qui mettent en application la théorie de la « *compétence concurrente* » des tribunaux de l'Etat de séjour et de ceux de l'Etat étranger (voir par exemple la Convention de Londres du 19 juin 1951).

L'accord du 21 décembre 1949 entre les puissances signataires du traité de Bruxelles (art. VII, paragraphe 3) prévoyait que dans les cas où un membre d'une force étrangère commettait dans l'Etat de séjour une infraction, soit à la loi dudit Etat, soit à la loi de l'Etat d'origine, *les autorités des deux pays se prêteraient leur concours « pour la recherche des preuves et l'exécution de tout acte d'instruction, y compris la saisie et éventuellement la remise des pièces à conviction et des objets provenant de l'infraction »* (Odile Debbasch, *L'occupation militaire*, Paris, L.G.D.J., 1962, p. 125).

L'accord américano-philippin du 14 mai 1947 déclarait, de son côté, que l'exercice de la juridiction criminelle sur le personnel militaire américain appartiendrait aussi aux Philippines pour les infractions commises par ce personnel sur leur territoire.

La « *juridiction concurrente* » existait aussi dans les accords signés par les Etats-Unis avec les royaumes de Libye et d'Arabie pour les infractions de militaires américains commises au-delà des limites des bases militaires implantées naguère dans ces deux pays.

b) Dans le second cas, celui des *forces militaires étrangères d'occupation* à la suite d'une guerre, la situation est toute différente. L'Etat occupé n'a évidemment pas consenti à son occupation (sinon au travers d'un cessez-le-feu, d'un armistice, ou d'un traité de paix).

Il serait dans cette hypothèse illusoire de croire que les juridictions locales de l'Etat occupé ou Etat de « séjour » pourraient être compétentes pour les

actes de l'occupant de guerre. Cela est d'autant plus illusoire que l'Etat étranger non seulement échappe à la juridiction locale mais aussi crée des juridictions parallèles sur le territoire de l'Etat occupé et dépendant exclusivement de lui pour répondre aux besoins de son armée, à l'impératif de sécurité de ses troupes, et aussi pour assurer l'ordre public sur le territoire qu'il occupe.

L'Etat occupant exerce ainsi des fonctions administratives et juridictionnelles qui se superposent ou se substituent aux administrations et juridictions de l'Etat de séjour. L'Etat étranger occupant bénéficie dans ce cas de quelque chose de plus qu'une immunité de juridiction : *il écarte les juridictions locales et en crée d'autres. Au droit de ne pas être jugé (immunité juridictionnelle), s'ajoute la prétention de juger lui-même par l'intermédiaire d'organes qu'il crée lui-même.*

J'ai rappelé ces quelques points de repère à propos des statuts variables des forces armées étrangères pour montrer que les solutions aux questions d'immunité sont très diverses dans ce cas. L'autonomie de la volonté des Etats développe une gamme riche de statuts qui vont de la compétence d'attribution ombrageuse des juridictions locales à l'immunité absolue et radicale, en passant par la compétence concurrente. Ces solutions, basées sur le consentement, justifient, par leur diversité et leur variété, un traitement particulier. C'est ainsi que je répondrai, le moment venu, à la question 7, plus bas.

D. — *Les emprunts publics.* — Il est vraisemblablement sage de considérer les actes d'Etat concernant les emprunts à l'étranger comme échappant à la compétence des juridictions locales.

a) Mais on se souvient de la discussion intervenue à l'Institut de Droit international. Dans son projet de convention soumis à l'Institut, le professeur Lémonon avait suggéré une *distinction entre l'emprunt d'Etat, acte gouvernemental ou administratif, et l'emprunt d'Etat, acte commercial* (Annuaire, 1952, t. I, p. 26), l'immunité n'étant reconnue que dans le premier cas. On sait que l'Institut n'a pas suivi cette suggestion (session d'Aix-en-Provence, de 1954).

C'est pourquoi l'Institut, dans sa résolution prise à cette session-là, a retenu l'immunité de juridiction de l'Etat pour ses emprunts publics sans s'embarasser de « distingos » : « Les tribunaux d'un Etat — lit-on à l'article 4 de cette résolution — ne peuvent connaître des litiges à l'égard de l'Etat étranger quand ces litiges sont relatifs à des dettes que celui-ci a contractées par un emprunt public sur le territoire de l'Etat dont les tribunaux sont saisis. »

b) Une distinction autre que celle d'emprunt acte gouvernemental/emprunt acte commercial a été proposée : d'une part, il y aurait *des emprunts émis par l'Etat étranger lui-même* sur le territoire de l'Etat dont les tribunaux sont saisis, et dans ce cas l'immunité de juridiction couvrirait ces emprunts, et d'autre part, il y aurait *les emprunts contractés par une autre personne morale* relevant de cet Etat étranger et qui ne seraient pas couverts par l'immunité, « sauf si, eu égard à son caractère propre, l'emprunt considéré pouvait être regardé comme un acte de puissance publique, c'est-à-dire s'il comportait des clauses qui ne pourraient se rencontrer dans un emprunt conclu par un particulier » (Suzanne BASTID, *Rev. juridique et politique de l'Union française*, avril-

juin 1957, n° 2, p. 375, note sous arrêt Cour d'appel de Paris, 31 octobre 1956, Etat indépendant du Congo belge contre Montefiore).

On remarquera cependant que l'Institut de Droit international a bien déclaré que « les tribunaux d'un Etat ne peuvent connaître des litiges ayant trait à des actes de puissance publique accomplis par un Etat étranger *ou par une personne morale relevant d'un Etat étranger* » (article 1^{er} de la résolution de 1954). Or il résulte des travaux de l'Institut que, par « personne morale relevant d'un Etat étranger », on a entendu « les provinces, les villes, les services publics », etc. Ainsi l'immunité devrait jouer pour tous les services publics qui empruntent à l'étranger.

c) Certaines jurisprudences nationales établissent une autre distinction, *opposant l'hypothèse de l'emprunt émis par l'Etat étranger lui-même à celle de l'emprunt lancé par une collectivité locale étrangère, mais garanti par l'Etat étranger dont elle relève.*

Dans le premier cas, on reconnaîtrait l'immunité juridictionnelle à l'Etat étranger parce qu'il est censé rechercher par cet emprunt les ressources nécessaires à l'exercice de sa souveraineté. Cette immunité s'étendrait non seulement à l'opération principale d'emprunt, mais également aux opérations accessoires ou connexes de celui-ci.

Dans le second cas, lorsque l'Etat étranger est simplement le garant d'un emprunt contracté par une de ses collectivités publiques ou un de ses services publics, la jurisprudence de ces pays refuse de reconnaître l'immunité juridictionnelle. D'ailleurs la garantie apparaît dans son essence comme précisément un acte *offrant* au prêteur une sécurité. Il serait incompréhensible de rendre sans effet cette sécurité par l'invocation de l'immunité. Au surplus, des actes comme une garantie ou un cautionnement sont des opérations juridiques de droit civil ou commercial. On ne comprendrait pas le recours à l'immunité qui effacerait leur plein effet.

Question 5.

A. — La question du consentement de l'Etat étranger à accepter la juridiction de l'Etat de séjour nous place dans l'hypothèse d'une immunité acquise et certaine. On recourt au consentement de l'Etat étranger pour y faire échec. Si l'immunité est incontestable — c'est l'hypothèse de départ qu'il ne faut pas perdre de vue —, il convient de s'assurer que la renonciation à cette immunité par l'Etat étranger est tout aussi incontestable pour éviter des froissements politiques ou diplomatiques dans les relations entre les deux Etats concernés. *Il est donc parfaitement judicieux de recommander que cette renonciation soit le résultat d'un consentement clair et indubitable et qu'il fasse l'objet d'une application strictement limitée au cas d'espèce.*

B. — Pour répondre plus directement et plus généralement à votre question, je dirai que le consentement joue un grand rôle à deux niveaux différents : d'une part, *dans le régime immunitaire conventionnel* ; et, d'autre part, *dans l'aménagement conventionnel du régime immunitaire coutumier.*

a) *La place du consentement dans le régime immunitaire conventionnel.* — Il est clair que le consentement de l'Etat de *séjour* joue un rôle considérable lorsqu'il s'agit pour deux Etats de convenir par accord l'établissement d'un régime d'immunité particulier. C'est le cas lorsque deux Etats concluent un accord relatif au stationnement des troupes de l'un sur le territoire de l'autre. Les caractères, la nature, l'étendue des immunités que l'un reconnaît à l'autre sur son territoire pour ses forces armées, sont déterminés dans l'accord qui aménage ainsi un *régime immunitaire conventionnel* adapté aux buts et objectifs que les deux Etats se sont assignés.

La même question du consentement tient une place marquante dans d'autres cas comme celui des emprunts publics où les limites éventuelles de l'immunité sont précisées par un accord d'Etats ou par un contrat avec des organismes ou des personnes privées.

b) *L'aménagement conventionnel du régime immunitaire coutumier : la renonciation à l'immunité.* — Le consentement de l'Etat étranger est une pièce maîtresse du mécanisme de l'immunité de juridiction et d'exécution de l'Etat. Chaque fois que l'immunité existe, seul le consentement de l'Etat bénéficiaire permet de l'écarter et d'ouvrir la voie à la compétence de juridiction et d'exécution de l'Etat de séjour. C'est pourquoi il est important de bien s'assurer que le consentement de l'Etat étranger a bien été exprimé de manière non équivoque. Ce consentement doit avoir le *triple caractère d'être certain, régulier et spécial.*

1. *Ce consentement ne doit pas se présumer.* Il doit résulter d'un acte manifestant une intention formelle de l'Etat. Celle-ci peut certes être tacite, déduite des circonstances, pourvu qu'elle soit *certaine* et *non équivoque*.

2. *Ce consentement doit être régulier,* c'est-à-dire que le représentant d'un Etat étranger qui renonce à l'immunité de juridiction doit y être préalablement et dûment autorisé par son gouvernement.

3. *Le consentement doit être spécial,* c'est-à-dire ne valoir strictement que pour l'action judiciaire considérée. Il ne vaudra pas pour une autre action, même si elle est du même genre, qu'elle a un objet identique et qu'elle oppose les mêmes plaideurs.

4. *Ce consentement doit être d'interprétation stricte et restrictive.* Par exemple l'acceptation de se soumettre à un arbitrage ne vaut pas renonciation à se prévaloir de l'immunité pour les questions non résolues par la sentence arbitrale. Les clauses contractuelles attributives de compétence ne peuvent valoir ni par analogie, ni de toute autre manière, pour étendre la compétence des tribunaux en dehors des cas expressément prévus par les parties dans leur contrat.

5. *La renonciation à l'immunité de juridiction n'emporte pas renonciation automatique à l'immunité d'exécution du jugement rendu.* Contrairement à ce qui a été parfois soutenu dans la doctrine, l'immunité de juridiction et l'immu-

nalité d'exécution ne constituent nullement deux objets successifs d'une même immunité, mais bien deux immunités distinctes.

L'immunité d'exécution possède sa *propre autonomie*. Si l'immunité de juridiction est relative, l'immunité d'exécution est, quant à elle, absolue. L'indépendance et la souveraineté d'un Etat seraient plus gravement atteintes par l'exercice de voies d'exécution.

Question 6.

Je crois qu'il faut continuer à s'occuper de l'immunité des chefs d'Etats et des ministres de gouvernements étrangers dans le cadre du sujet examiné. C'est cette immunité dite « personnelle » du souverain d'un Etat étranger qui a été historiquement à la base de toute la construction juridique des immunités d'Etat. Il faudrait toutefois peut-être profiter de cette nouvelle étude par l'Institut pour clarifier la nature de cette immunité faussement qualifiée de « personnelle ».

Si cette immunité du souverain est « personnelle », cela signifie qu'elle est attachée à la *personne* de ce chef d'Etat et non pas à sa *fonction*. On ne comprendrait pas alors pourquoi la jurisprudence et la doctrine ne reconnaissent pas cette immunité à un *ancien* souverain, semblant s'attacher ainsi plus à la fonction qu'à la personne et considérant ainsi que *l'immunité se perd avec la perte de la fonction*.

Si elle est « personnelle » on ne comprend pas non plus son extension aux membres les plus proches de la famille du souverain.

Enfin, la qualification de « personnelle » donnée à cette immunité ne rend pas assez compte de la raison pour laquelle la jurisprudence dans de nombreux pays s'attache à l'examen de la *nature de l'acte* accompli par le souverain étranger et n'admet l'immunité que pour les actes de puissance publique.

Pour toutes ces raisons, il semble qu'il s'agisse *moins d'une immunité « personnelle » que d'une immunité de fonction* (voir ci-dessus ma réponse à la question 2).

Question 7.

A. — Je pense que le sujet des « forces armées étrangères » stationnées sur le territoire d'un Etat, soit dans le cadre d'une alliance militaire, soit dans celui d'une occupation de guerre, devrait faire l'objet si possible d'une catégorie juridique spéciale, pour les raisons que j'ai indiquées dans ma réponse à la question 4.

B. — En dépit du prodigieux développement contemporain de la diplomatie bilatérale et multilatérale (du fait de la *multiplication des Etats nouveaux et de la multiplication des Organisations intergouvernementales*), le nombre des bénéficiaires des immunités diplomatiques, consulaires, et des missions, est loin d'équivaloir le nombre des personnels militaires des forces armées étrangères stationnées dans le cadre d'alliances ou d'occupations de guerre.

C. — Certes, le domaine des immunités diplomatiques, consulaires, et des missions, s'est beaucoup précisé ces vingt dernières années grâce à une codifi-

cation et un développement progressif du droit international. Mais le problème du statut des forces armées étrangères en territoire national a fait l'objet d'un plus grand nombre de conventions, surtout bilatérales, et d'une jurisprudence abondante, en même temps qu'il attire davantage l'attention de la doctrine.

Le statut de ces forces est multiforme et une étude exhaustive des instruments conventionnels permettra de dégager les tendances récentes et les règles nouvelles qui régissent ce domaine très évolutif, notamment en matière d'immunité de juridiction.

Je renvoie sur ce point aux développements que j'ai consacrés ci-dessus lorsque j'ai répondu à la question 4.

Question 8.

A. — Il est clair que la question de l'immunité de l'Etat étranger se pose aujourd'hui en termes différents de ceux du début du siècle pour plusieurs raisons :

1. Ce n'est pas seulement le *phénomène quantitatif de la multiplication des Etats nouveaux* (et du foisonnement des Organisations internationales) qui a contribué à poser en termes neufs ou renouvelés un tel problème.

2. C'est aussi un *phénomène qualitatif*, autrement plus marquant, qui est celui de « *l'Etat-commerçant* » qui a pesé considérablement sur l'évolution des idées en matière d'immunités d'Etat, remettant en cause plus ou moins profondément les solutions traditionnelles.

3. Il faudrait y ajouter *le fait contemporain saillant de la coopération internationale et bilatérale*. L'Etat étranger possède de plus en plus de services publics sur le territoire de l'Etat hôte pour s'acquitter des tâches de la coopération.

4. Il ne faudrait pas perdre de vue non plus le fait que notre monde vit dans la hantise de la guerre et que nous sommes à l'ère des alliances militaires, avec la multiplication des aires de stationnement de troupes étrangères en territoire national et un foisonnement d'échanges de missions militaires plus ou moins permanentes.

B. — Mais ce serait procéder à une trop grande simplification de la réalité que de croire qu'il existe de ce fait *une tendance linéaire à la restriction des immunités d'Etat*. *Le mouvement est plus complexe*. En vérité, au moment où tout paraît concourir à une limitation de l'immunité de l'Etat étranger pour ses activités devenues trop envahissantes, on s'aperçoit qu'en fait celle-ci est plus que jamais triomphante. « Le sort de l'immunité — écrit Charles De Visscher — est en définitive laissé à la décision de l'Etat étranger : elle disparaît s'il est prouvé qu'il y renonce ... (cela s'explique) par la crainte d'entraver le fonctionnement des services publics de l'Etat étranger et de provoquer des complications diplomatiques » (Charles De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 2^e éd., 1955, p. 301).

C. — Il faut ajouter que la tendance restrictive dans le domaine des immu-

nités d'Etat trouve ses limites dans un autre facteur. Certains grands Etats n'ont pas intérêt à limiter substantiellement le champ d'application de ces immunités. Faute de quoi, ils en seraient les premières victimes pour leurs propres services publics à l'étranger, ce qui pourrait nuire à la réalisation de leur politique régionale ou internationale. Cela m'amène à conclure que les temps sont peut-être mûrs pour la *reconnaissance de l'immunité de l'Etat sur la base de la réciprocité*.

D. — C'est en vérité un *problème quasiment idéologique* qui apparaît en filigrane dans la question de l'immunité de l'Etat étranger. Tout le rôle et la finalité de l'Etat moderne y sont ici en balance. Jadis, à l'ère libérale, la distinction — commode au moins sur le plan intellectuel — entre l'activité étatique *jure imperii* et les actes d'Etat *jure gestionis* permettait de déterminer assez aisément la sphère d'intervention de l'immunité de l'Etat étranger. Aujourd'hui, il est beaucoup plus périlleux d'établir la frontière entre ces deux genres d'activité. L'Etat donne un *contenu économique* à sa souveraineté devenue plus exigeante et plus concrète. Des activités jugées ici comme purement commerciales sont considérées là comme une expression de souveraineté dans des Etats dirigistes.

Question 9.

A. — La formulation d'un principe général d'immunité de l'Etat peut paraître à certains comme injustifiée compte tenu du caractère transitionnel et complexe de la situation actuelle. Mais je considère pour ma part que le *principe général existe, qu'il est bien établi et que sa formulation est justifiée dans un projet de résolution de l'Institut*.

B. — Mais en vérité, le problème qui se pose est tout autre. Il ne consiste pas à savoir s'il faut formuler le principe général de l'immunité de l'Etat mais bien de savoir *comment* il conviendrait de le formuler pour tenir compte des tendances contradictoires qu'on discerne dans la pratique des Etats, dans la doctrine et dans la jurisprudence, quant à l'étendue du principe et à ses limites.

Je soulignerai au passage que c'est un paradoxe de constater que *les immunités de l'Etat sont moins protectrices que les immunités diplomatiques. Par l'immunité (relative) de juridiction et d'exécution, l'Etat semble lui-même moins protégé que les agents chargés de le représenter qui, eux, bénéficient de l'immunité absolue*.

a) *Une première formulation possible pourrait affirmer le principe et, en même temps, l'assortir des exceptions appropriées.*

— *Principe* : « L'Etat étranger jouit de l'immunité de juridiction... »

— *Exceptions* : « ...sauf lorsqu'il accomplit des actes de gestion privée ».

Dans cette formulation (proposée par Jean-Flavien Lalive : « L'immunité de juridiction des Etats et des Organisations internationales », *Recueil des Cours*

de l'Académie de droit international, 1953, t. 84, III, p. 285), la règle générale est l'immunité comme à l'époque libérale. Il y est énoncé implicitement une présomption générale que l'Etat doit jouir de l'immunité. Pour l'écarter, il faudrait apporter la preuve qu'il s'agit d'actes de gestion patrimoniale privée.

b) Dans une seconde formulation possible (également proposé par Jean-Flavien Lalive, *op. cit.*), il s'agirait en revanche d'affirmer un *principe général contraire, celui de la pleine juridiction* des tribunaux locaux. La présomption se trouve renversée. Cette règle de pleine juridiction, qui serait le « droit commun », ne tombe que s'il est établi que l'Etat étranger a accompli des actes de puissance publique. On pourrait dire, dans cette perspective : « L'Etat étranger ne jouit de l'immunité de juridiction que pour certains actes dits de puissance publique ».

C. — L'évolution dans la formulation du principe est déjà assez sensible si on examine la manière dont l'Institut l'a successivement abordée. En 1891, à la session de Hambourg, l'Institut avait d'abord « affiché » le principe général d'immunité et ce n'est qu'à l'article 4 de sa résolution qu'il a défini les seules actions recevables contre l'Etat étranger (actes privés de l'Etat).

En 1954, à la session d'Aix-en-Provence, l'Institut adopta une double formulation, l'une positive, l'autre négative : l'article 1^{er} de la résolution qui y fut adoptée disposait que l'Etat étranger jouissait de l'immunité de juridiction pour ses actes de puissance publique, tandis que l'article 3 de la même résolution décidait que cette immunité n'existait pas pour « les actes qui ne sont pas de puissance publique », cet article 3 (paragraphe 1^{er}) se présentant ainsi comme une redondance par rapport à l'article 1^{er}.

Aujourd'hui, on peut songer à une disposition affirmant que l'immunité de juridiction n'est admise que pour les actes de puissance publique de l'Etat étranger.

Question 10.

A. — Sir Hersch Lauterpacht et Niboyet sont arrivés par des voies différentes à des conclusions sensiblement proches (Lauterpacht : « The problem of jurisdictional immunities of foreign States », *British Yearbook*, 28, 1951, p. 220-272 ; Niboyet : « Immunité de juridiction et incompétence d'attribution », *Rev. critique*, 39, 1950, p. 139-153). L'un comme l'autre pensent qu'il faut renverser la présomption traditionnelle d'immunité et prendre comme base plutôt le principe de la compétence territoriale des tribunaux du for. Des exceptions seraient prévues sous la forme de cas d'incompétence, non plus *ratione personae* (qualité de l'Etat étranger) mais *ratione materiae* (nature du différend).

B. — Pour répondre à votre question, je vous renvoie à ce que j'ai dit dans ma réponse à la question 8. L'élément central de la difficulté est que la doctrine, la jurisprudence et les Etats sont divisés sur le rôle de l'Etat qui est controversé et donne lieu à des divergences de vue quasi-idéologiques. L'Etat libéral a tendance à considérer que la plupart des actes de l'Etat étranger qui

dépassent la conception libérale constituent des interventions non nécessaires à l'exercice de la souveraineté. Il s'agit d'actes de gestion privée, envahissant à l'excès un domaine qui devrait être laissé aux particuliers.

L'Etat « dirigiste » ou « interventionniste » considère au contraire que sa souveraineté politique n'a aucun sens si elle ne s'accompagne pas d'une souveraineté économique. En menant ou contrôlant des activités économiques fort diverses, l'Etat n'est pas ou ne devient pas forcément un « Etat-commerçant » faisant appel à des règles de droit privé. Il est un Etat qui exerce les attributs de sa souveraineté économique, faute de quoi sa souveraineté politique ne serait qu'une illusion et un mirage.

C. — *Du coup, ce débat idéologique vient obscurcir la distinction traditionnelle entre actes de puissance publique et actes de gestion patrimoniale privée.* Il faut bien admettre qu'il n'existe pas de critère juridique précis pour distinguer les deux catégories d'actes. Un auteur pense à juste titre que la démarcation entre ces actes s'établit plutôt « à l'aide de considérations d'opportunité, de courtoisie, voire de réciprocité, c'est-à-dire des notions étrangères à la technique juridique » (J.-F. Lalive, *op. cit.*, p. 265).

Tenant compte de la réalité, l'Institut a confié aux tribunaux du for la compétence de déterminer si l'acte accompli relève du *jus imperii* ou du *jus gestionis*. La jurisprudence s'acquitte de cette tâche de manière empirique, qui n'exclut ni les discordances ni les partis pris idéologiques.

Il est clair que si l'on pouvait se passer de cette distinction entre les actes de l'Etat, ce serait un grand progrès.

Questions 11 et 12.

Votre approche personnelle de 1973 exprimée dans vos « *Principles of Public International Law* » a eu le mérite de chercher à échapper aux difficultés qu'il y a à distinguer entre les actes de puissance publique et les actes de gestion privée. La « solution préférée » que vous exposez clairement dans votre Exposé préliminaire aux paragraphes 44 à 53 constitue une amélioration substantielle. J'adhère volontiers à votre approche.

Question 13.

Je n'ai pas d'observations particulières.

Question 14.

A. — La première atteinte célèbre portée à l'immunité de l'Etat fut une atteinte à son immunité *d'exécution*, lorsqu'une saisie-arrêt fut ordonnée en 1929 contre la représentation commerciale de l'U.R.S.S. Le trouble apporté dans les relations diplomatiques lorsque l'immunité d'exécution est niée est considérable et certainement plus grand que lorsque seule l'immunité de *jurisdiction* est en jeu. (Une validation en 1951 par le tribunal de Bruxelles de saisies-arrêts sur des fonds offerts à la Grèce au titre du Plan Marshall avait soulevé une

tempête et entraîné les pressions des Etats-Unis sur la Belgique pour faciliter un règlement amiable entre la Grèce et le créancier belge.)

L'émotion est incontestablement plus forte, c'est un fait, lorsque l'atteinte est portée à l'immunité d'exécution de l'Etat ; sans doute Sir Ian Sinclair a-t-il raison quand il note que la distinction entre les deux types d'immunités reflète des différences de degrés dans les susceptibilités des Etats. *C'est là une première différence entre l'immunité de juridiction (qui est relative) et l'immunité d'exécution (qui est absolue).*

Dans l'affaire *Liamco* (Libyan American Oil Company), le Tribunal de grande instance de Paris, le 5 mars 1978, avait ordonné la mainlevée des saisies-arrêts sur les biens de l'Etat libyen, suivant en cela le Parquet qui considérait qu'une « immunité d'exécution absolue » doit être accordée à l'Etat libyen « conformément à la règle de courtoisie internationale qui consiste à ne rien faire qui soit susceptible d'entraver le fonctionnement des services publics dudit Etat, ou nuire à cette réciprocité de traitement que les Etats s'accordent entre eux ».

B. — L'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution ne doivent pas être confondues dans leur régime, même si elles apparaissent en pratique liées l'une à l'autre. Il a été affirmé que l'une et l'autre ne seraient que deux objets, ou deux phases successives, d'une même immunité de l'Etat étranger. Il en a été conclu notamment que la renonciation à l'immunité de juridiction impliquait logiquement la même renonciation à l'immunité d'exécution.

Je crois, pour ma part, que *l'immunité d'exécution, pour aussi proche qu'elle soit de l'immunité de juridiction, n'en est nullement l'accessoire ou l'appendice et qu'elle possède son autonomie propre.* (D'ailleurs si l'une devait dépendre de l'autre, ce serait plutôt l'immunité de juridiction qui serait, contrairement aux apparences, la conséquence de l'immunité d'exécution. Car la déclaration d'incompétence des tribunaux locaux résulte largement de l'impossibilité d'exécution à l'égard d'un souverain étranger.)

A mon avis, il s'agit de deux institutions voisines mais distinctes et autonomes pour protéger l'Etat étranger dans sa personne et dans ses biens.

C. — *Le fait de faire appel à un fondement identique (à tort ou à raison, peu importe), à savoir l'indépendance, la souveraineté et l'égalité entre les Etats, pour justifier aussi bien l'une que l'autre des deux immunités, ne peut pas signifier qu'elles se confondent ou qu'elles se conditionnent l'une l'autre.* Le respect de la souveraineté et de l'indépendance de l'Etat exige diverses mesures ou suggère l'adoption de diverses règles, parmi lesquelles figurent les immunités de juridiction et d'exécution. Ces règles, mesures ou immunités ne se confondent naturellement pas, ni ne se conditionnent nullement, du seul fait qu'elles se justifient par le même fondement d'indépendance et de souveraineté de l'Etat. Chacune de ces règles remplit, dans son domaine propre, sa fonction juridico-politique qui est de sauvegarder l'indépendance et la souveraineté de l'Etat.

Question 15.

Je ne suis pas en mesure d'accepter votre point de vue provisoire sur la question de saisie-arrêt et d'exécution.

A. — Votre point de départ est que les principes applicables à l'immunité de juridiction sont également applicables à l'immunité d'exécution. C'est précisément ce point de départ qui crée des problèmes pour moi. En admettant même qu'il n'existe pas de différences qualitatives entre les deux types d'immunités et qu'elles ne se distinguent que par des différences de degrés dans l'échelle des susceptibilités des Etats, il n'en reste pas moins vrai que ces différences existent et, surtout, qu'elles suffisent pour empêcher une assimilation pure et simple du régime de l'immunité de juridiction à celui de l'immunité d'exécution.

B. — Par ailleurs, et pour aussi confuses, contradictoires ou incohérentes que soient la doctrine, la jurisprudence et la pratique des Etats, il n'en reste pas moins certain que *grosso modo* elles répugnent à procéder à une telle assimilation. Si elles considèrent l'immunité de juridiction comme relative, c'est-à-dire susceptible d'exceptions qu'elles ont identifiées et systématisées, par contre elles continuent toujours, dans la plupart des cas, de considérer l'immunité d'exécution comme pratiquement absolue.

C. — C'est pourquoi les articles préparés par l'*International Law Association* me paraissent poser des problèmes sérieux. Le projet de convention 1982 de l'I.L.A. comporte un article VII qui prononce l'immunité d'exécution. L'article VIII comporte des exceptions à ce principe. Je suis d'accord sur les dispositions A. 1, et C. 1, 2, 3, 4 de cet article VIII. Mais les autres dispositions de l'article VIII créent plus de difficultés qu'elles n'en résolvent.

a) Pour la disposition A. 2, le problème des critères fiables permettant de déterminer une « activité commerciale » se pose. Il n'est pas résolu.

b) Pour la disposition A. 3, je ne suis pas sûr d'avoir bien compris ce qu'on vise par « la propriété qui a été prise en violation du droit international » par l'Etat étranger. Si l'Etat étranger a pris des mesures réglementaires ou législatives de *nationalisation*, cet Etat devrait d'ailleurs jouir de l'immunité de juridiction pour de tels actes relevant de sa puissance publique. Des mesures d'exécution seraient *a fortiori* impossibles. Si l'on vise le cas d'une nationalisation intervenue sans indemnisation — ou sans indemnisation adéquate — y a-t-il « violation du droit international » ? La question est controversée car tout le problème est précisément de savoir au préalable *quel est le contenu du droit international en matière d'indemnisation*. Or c'est un domaine chaotique et évolutif. On sait, par exemple, que la Déclaration 3201 (V) du 1^{er} mai 1974, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, n'impose pas l'indemnisation, qui est seulement « éventuelle », tandis que la Déclaration de la même Assemblée générale sur les droits et devoirs économiques des Etats, adoptée sept mois plus tard, envisage quant à elle l'indemnisation comme certaine et nécessaire.

Je crois que la difficulté de donner à présent et d'ores et déjà un contenu certain à ce droit international de l'indemnisation en cas de nationalisation, prive le texte de l'I.L.A. de toute efficacité, introduit un élément de controverse grave et dangereux et renvoie indûment à des juridictions locales, de droit privé au surplus, le soin de se prononcer là où les internationalistes eux-mêmes n'ont pu le faire.

c) *Pour la disposition B*, je suis très réservé sur la solution préconisée par l'I.L.A. Lorsqu'il existe un seul compte, ou lorsqu'il existe des comptes confondus regroupant sans distinction des fonds d'Etat pour des besoins de puissance publique et des fonds pour une activité commerciale, la jurisprudence de divers pays (voir par exemple la jurisprudence française récente) est à juste titre très prudente et s'abstient en conséquence de toute mesure d'exécution forcée. Séparer des comptes dans l'esprit et le but indiqués par l'I.L.A. au paragraphe B est plus facile à dire qu'à faire.

d) *Pour la disposition D*, les mesures conservatoires ou intérimaires préconisées par l'I.L.A. sont plus faciles à concevoir qu'à mettre en œuvre. Avec cette disposition l'I.L.A. engage dangereusement une juridiction locale dans une confrontation directe avec un Etat étranger supposé décidé à se soustraire à l'exécution forcée. Cet Etat peut avoir ses raisons politiques pour agir de la sorte. Mais ne pense-t-on pas que, dans de telles conditions, l'interlocuteur naturel, normal, qualifié, serait plutôt l'Etat de séjour, son gouvernement, sa diplomatie ? L'I.L.A. fait décidément ici un cadeau encombrant et embarrassant à une juridiction locale non préparée à une telle responsabilité.

Question 16.

A. — L'affaire « *Philippine Embassy* » de Bonn me paraît avoir été traitée avec toute la rectitude juridique souhaitable par la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

Pour aussi légitime que soit le droit de la partie demanderesse au litige, il n'était pas sage de permettre une exécution forcée sur le compte courant bancaire général d'une ambassade, alimenté par l'Etat d'envoi pour l'accomplissement d'une mission de nature diplomatique. Dans un monde difficile où les relations conflictuelles entre Etats se multiplient, les canaux établis par (et pour) les relations diplomatiques doivent être préservés par-dessus tout, dans l'intérêt de la sauvegarde de la paix et de la sécurité internationales.

Permettre l'exécution forcée sur le compte courant général d'une ambassade risquerait d'ouvrir la voie à de graves abus dont l'institution risque de ne pas se relever, au grand danger des relations amicales entre les Etats.

B. — Vous proposez que l'Etat d'envoi puisse ouvrir dans l'Etat d'accréditation un *compte spécial non protégé par l'immunité* et servant en quelque sorte de garantie pour l'exécution d'éventuelles décisions judiciaires. C'est une mesure estimable, mais elle compte divers inconvénients :

a) Il faut craindre que l'ouverture d'un « *compte-garantie* » auprès de chaque ambassade dans le monde n'apparaisse finalement comme une caution

générale et automatique. En fait, on viendrait à subordonner l'ouverture d'une ambassade à l'ouverture d'un compte de garantie. *L'ouverture d'un compte bancaire* de cette nature deviendrait, plus ou moins selon les pays, et peu à peu, *la condition de l'établissement ou du maintien des relations diplomatiques*. Cela aurait des répercussions psychologiques et même politiques fâcheuses. Dans l'opinion publique, *l'ambassade deviendrait une institution à laquelle il ne faudrait accorder aucun crédit moral*, voire pas de crédit du tout, de quelque nature que ce soit.

Mais plus important est l'autre inconvénient suivant :

b) De deux choses l'une : *ou bien* l'Etat étranger accepte d'ouvrir un compte spécial de garantie non couvert par l'immunité, et cela signifie clairement qu'il est prêt à ne pas invoquer la protection de l'immunité d'exécution pour les actes privés de l'ambassade. — Dans ce cas, il est à penser que l'Etat étranger fait partie de la catégorie de ceux qui acceptent toujours de faire droit aux jugements intervenus contre lui dans des affaires de gestion privée. Il est alors inutile de mobiliser par avance des fonds dans un compte spécial de garantie —

ou bien l'Etat étranger n'accepte pas l'idée d'un compte de garantie et dans ce cas celui-ci ne peut pas être ouvert.

Donc en toute hypothèse l'ouverture d'un compte de cette nature est ou bien superflue ou bien impossible.

c) Il faut ajouter que la centaine d'Etats nouveaux du Tiers monde, nés depuis quelque 20 ou 30 ans, éprouvent beaucoup de difficultés de tous ordres, et notamment financières, pour obtenir une représentation diplomatique extérieure aussi large et utile que possible.

La création d'un compte spécial ajoutera à leurs difficultés financières. Pour être significatif, le montant du compte spécial devrait être d'un niveau correspondant à 1/10^e de la valeur des deux immeubles (chancellerie et résidence) d'une mission diplomatique ou consulaire et de leur équipement (matériel roulant, mobilier, etc.).

Cela signifie que l'immobilisation de telles sommes représenterait l'équivalent de la valeur d'une mission sur dix. *Pour soutenir l'effort financier exigé par l'ouverture d'un crédit bancaire, l'Etat nouveau qui n'aurait pas les moyens nécessaires devrait fermer une ambassade sur dix à l'étranger !*

C. — Une solution possible aux problèmes d'exécution de décisions judiciaires serait, non pas l'ouverture d'un compte de garantie non couvert par l'immunité, *mais plutôt l'organisation d'un système souple de règlement amiable par l'intermédiaire d'un service spécialisé du Ministère des Affaires étrangères de l'Etat de séjour.*

Ce n'est pas une nouveauté. La chose existe, plus ou moins embryonnaire, plus ou moins répandue dans les pays, plus ou moins empiriquement menée. Il s'agit peut-être de l'organiser et de la recommander aux Etats.

Dans ce cadre, un particulier ne pourra pas saisir une juridiction locale et

encore moins obtenir une exécution forcée contre un Etat, s'il n'a pas reçu l'autorisation, ou s'il n'a pas bénéficié de l'avis, du Ministère des Affaires étrangères de son pays.

Ce Ministère se rapprochera de l'Etat étranger par la voie diplomatique et recherchera avec lui les voies et moyens appropriés de régler le différend de manière amicale. *C'est en fait ce qui se passe souvent.*

Question 17.

D'une manière générale ce projet de l'I.L.A. me paraît aller un peu loin.

Deux conditions figurent dans le projet d'article III. D'une part, les droits de propriété ont été acquis en violation du droit international. Cette formule est pleine d'incertitudes et je ne peux que renvoyer à mes observations faites ci-dessus à propos de la question 15 (voir section C, alinéa *b*) de mes développements). D'autre part, et c'est la seconde condition, cette propriété est affectée à une activité commerciale par l'Etat étranger ou ses émanations. Cette seconde condition pose le problème déjà évoqué de l'absence de critères fiables d'une « activité commerciale » de l'Etat étranger.

Question 18.

A. — Le problème des subdivisions politiques, des agences et des émanations de l'Etat étranger est très difficile. Je l'avais évoqué plus haut dans mes réponses à la question 4 (sous la section D, alinéa *b*)).

B. — La situation juridique des entreprises d'Etat à caractère économique est souvent ambiguë et difficile à déterminer, non seulement d'ailleurs dans les Etats socialistes, mais aussi dans de nombreux autres. Nous retrouvons ici le problème idéologique de l'intervention de l'Etat, déjà évoqué ci-dessus à plusieurs reprises.

Je crois intéressant de rappeler ici la manière dont une société privée américaine, la *Liamco* (Libyan American Oil Company), nationalisée par l'Etat libyen, voyait les entreprises et sociétés libyennes agissant à l'étranger. La thèse de la *Liamco*, qui avait saisi le Tribunal de grande instance de Paris pour obtenir l'exécution de sentences arbitrales sur les fonds de ces agences libyennes à l'étranger, avait été de soutenir *la non-pertinence de la forme juridique donnée à ces organismes*. Elle estimait qu'ils étaient en réalité « de simples modalités d'exercice de l'activité de l'Etat ». Selon la *Liamco*, la qualité d'« émanation » de l'Etat qui caractérise ces sociétés est le produit de la conjonction de trois éléments :

a) leur mode de création : elles sont nées chacune par décision étatique propre ;

b) l'origine de leur capital : celui-ci est entièrement entre les mains de l'Etat qui les a créées ;

c) leur degré d'autonomie décisionnelle par rapport à l'Etat : elles restent étroitement soumises aux directives de l'autorité gouvernementale.

Au vu de quoi, la *Liamco* a estimé que leur indépendance juridique ne devait pas faire illusion. Même dotées d'une personnalité distincte de celle de l'Etat, elles ne sont rien d'autre que l'Etat lui-même, selon la *Liamco*.

Cette thèse est extrêmement intéressante. Elle montre comment l'activité commerciale, même totalement de caractère privé en apparence, cache mal la qualité de puissance publique de l'auteur de cette activité.

On pouvait se demander pourquoi la *Liamco* a avancé et développé une telle argumentation devant le Tribunal de Paris, car à vouloir trop soutenir que ces sociétés libyennes étaient l'Etat libyen lui-même, elle s'exposait à se heurter au mur de l'immunité d'exécution de l'Etat étranger. La *Liamco* a agi de la sorte pour se faire indemniser sur les fonds des sociétés libyennes à l'étranger, fonds qu'elle considérait comme fonds d'Etat et sociétés libyennes qu'elle considérait comme l'Etat libyen lui-même. (Ainsi dans ce cas, la situation est inverse de celle qui existe en matière de responsabilité de l'Etat : ici ce n'est pas l'Etat qui est jugé responsable du comportement d'une entité, comme en matière de responsabilité classique de l'Etat ; c'est l'entité au contraire qui serait tenue pour responsable du comportement de l'Etat dont elle relève.)

Du coup, les sociétés libyennes à l'étranger ont dû plaider leur totale autonomie à l'égard du Gouvernement de Libye. Ce moyen de défense les a amenées à renoncer au bénéfice possible de l'immunité d'exécution : c'était le prix à payer pour éviter d'être reconnues comme entités de l'Etat libyen, émanations directes de celui-ci, et échapper ainsi à une co-responsabilité pour les dettes de l'Etat libyen.

(Sur toute cette affaire, voir la chronique de Patrick Rambaud : « Les suites d'un différend pétrolier : l'affaire *Liamco* devant le juge français », *Annuaire français de droit international*, 1979, p. 820-834.)

C. — L'affaire *Liamco* se présente d'une façon assez originale au regard du problème de l'immunité d'exécution de l'Etat étranger. On sait que, dans la jurisprudence de nombreux pays, et dans la jurisprudence française en particulier, un critère a été dégagé pour déterminer si un organisme est une « émanation » de l'Etat étranger, devant jouir à ce titre de l'immunité d'exécution comme cet Etat lui-même : à cette fin il faut apporter la preuve que l'organisme considéré a agi « sur ordre et pour le compte de l'Etat ». C'est là un critère valable pour la qualification de l'entité étrangère.

D. — Mais un tel critère est inopérant pour une catégorie particulière d'entités étrangères : il s'agit des *Banques centrales d'Etat* qui jouissent d'une présomption d'immunité (de juridiction et d'exécution) protégeant tous leurs fonds. Or dans ce cas, il n'est pas toujours vrai que les instituts d'émission ou les Banques centrales possédant des agences à l'étranger agissent à tout moment « sur ordre et pour compte de l'Etat ». Il suffit que l'on sache que ces agences sont dépositaires de fonds d'Etat, lesquels échappent à la saisie et demeurent protégés par l'immunité d'exécution.

Une jurisprudence constante montre que devant l'impossibilité de procéder

à la ventilation des fonds, ce sont tous les avoirs des Banques centrales à l'étranger qui jouissent de l'immunité d'exécution et pas seulement les fonds d'Etat. Cette présomption générale d'immunité a été particulièrement illustrée dans l'affaire *Englander contre Banque d'Etat de Tchécoslovaquie*, jugée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence et tranchée par la Cour française de cassation (Chambre civile, 11 février 1969, *Rev. critique de droit international privé*, 1970, p. 101).

Cette jurisprudence a bénéficié à la Banque centrale libyenne qui fut la seule société étrangère à avoir revendiqué sa qualité d'émanation de l'Etat libyen dans l'affaire *Liamco* citée ci-dessus.

Question 19.

Ma réponse est largement contenue dans celle que j'ai apportée à la question 18. D'une manière générale, lorsqu'il s'agit de l'immunité de l'Etat et de ses émanations, la prudence s'impose et recommande d'éviter tout automatisme dans l'exclusion de l'immunité.

Mohammed Bedjaoui

2. Observations of Mr Maarten Bos

Epe, 31 July 1983

Dear Confrère,

Let me start by saying how much I admire the *Exposé Préliminaire* dated 17 May 1983 which you prepared for the Members of the XIVth Commission as a first document for informal discussion in Cambridge next month. It is an excellent summing-up of the main problems surrounding the subject of immunity from jurisdiction. In addition, you have constructive solutions to offer, and the entire document, therefore, deserves to be studied closely. If in the following lines I appear on some points to have thoughts differing from yours, it should be clear that the fact does not the least detract from the sincere appreciation I feel for the considerable task performed.

Making an effort to reply to your Questionnaire — and as I hope still in good time — I note your kind suggestion in paragraph 67 to consider ourselves free to make any comment on the subject we might consider useful. I gladly seize the opportunity thus given to preface my answers with a Statement of Principle which should show the background against which I am writing. For more detailed information, I may be allowed to enclose an offprint of my paper on « The Protection of Foreign Investments in Dutch Court and Treaty Practice », being a contribution to a collective work, *International Law in the Netherlands*, vol. III (Alphen aan den Rijn and Dobbs Ferry, 1980), pp. 222-233.

Statement of Principle.

Having been involved in a number of cases before Dutch courts in the field of investment protection, I cannot help viewing the subject dealt with in your *Exposé* in light of the legal rights of private persons or companies in foreign countries. Experience shows that in too many cases recourse to their own municipal courts is the only avenue left open after an invasion of their legal rights which is clearly in violation of international law. On top of that, the avenue is a very narrow one and it all too often depends on chance whether one can avail oneself of it. This being so, I feel that, at this moment in history, nothing should be done to the effect of further narrowing down the routes of escape from acts at variance with international law.

It is realized that municipal courts may be unduly prejudiced in favour of their own nationals and, consequently, may not be an ideal forum. The courts of the nationalizing or confiscating State, however, may be prejudiced in favour of the latter, whereas that State's own judgment on the legality of its acts may be subject to doubt.

What to do to remedy the ensuing stalemate in the discussion of State immunity and the extent of a State's jurisdiction *ratione materiae*? If States wish their sovereignty to be respected better, they should themselves respect international law. The only guarantee for all concerned that international law actually is respected is in impartial adjudication. Yourself in paragraph 65 of your *Exposé* rightly claim that dogmatism should be excluded. The argument also applies to sovereignty, which one should not, dogmatically, conceive of as an impenetrable shield. One sovereignty necessarily has its limits in another, and the measure of respect will in practice depend on mutual behaviour.

The key to a final solution in my mind lies in subjection to adjudication, not in an enumeration of inroads which States may mutually agree to suffer for the sake of peace. Supposing such enumeration to be acceptable at all to a sufficient number of States to be of any use, I cannot think of it as a durable result. This is the sense in which you will have to read my observations *infra* in reply to your question No. 12.

Reply to Questionnaire.

1. Yes.

2. I don't think so. Jurisdiction and competence exist *ratione personae* and *ratione materiae*. Immunity is a property given to a sovereign entity *in personam* and entails a lack of jurisdiction *ratione personae* on the part of the courts of another such entity. To speak of an immunity *ratione personae* is a redundancy, therefore, and also *a contrario* suggests the existence of an immunity *ratione materiae*. In paragraph 17 of your *Exposé*, you rightly discard the idea.

3. Municipal courts have to operate within the limits of international law.

Any discretion they might have as to immunity consequently depends on international law. On the other hand, court practice is State practice (or an element in it), and State practice being constitutive of custom, it is of interest to study the actual practice of municipal courts in order to know whether some latitude at least is left to them under international law. It is realized that practice alone is insufficient, and that an *opinio iuris* should come on top. My impression is that international law nowadays leaves a reasonable leeway to municipal courts. Thinking in terms of investment protection, it seems to me that a claim to jurisdiction in many cases is the only answer municipal courts may have to the taking of property of their own nationals by foreign States which refuse to submit to international adjudication. They should in those cases be free to appreciate whether the foreign State acted in violation of international law (*contra*: your p. 20 *sub d*). A precondition is, of course, that they be regularly seized of the question. A municipal court may not always be an "appropriate forum" (your paragraph 15), but *quid* when there is nobody else?

4. I agree with regard to examples (a), (c), (e), (f), and (h)-(k). Example (b) should be re-drafted with an eye to the facts of the *Gamet* case: the Supreme Court of State A declines to put to the test of international law the treatment by State B inflicted on a national of State C. As to (d), the courts of State A should not be precluded from an investigation into the justification under international law of the seizure of property of a national of State A by State B. I have my doubts with respect to (g) and (l)-(n). Example (n), especially, seems to be worded in too general terms.

5. It is obvious that a State may consent to submit to another State's courts. A State suing either as an original claimant or as an intervening party before a foreign court impliedly consents to a counter-claim lying within the limits of the case brought by that State. See the Dutch Supreme Court decision of 17 October 1969 in *United States of America v. Bank voor Handel en Scheepvaart*, N.J. 1970, No. 428; 9 I.L.M. (1970), p. 758.

6. Generally speaking, the *faits et gestes* of a visiting Head of State are outside the jurisdiction *ratione personae et materiae* of the local courts. But should a local court be always precluded from an appraisal of them in case of an act *ultra vires* or prejudicial to the legal rights and interests of a national of the host State? One may think of a foreign dictator acting in revenge after a presumed offence of his person. This — somewhat fantastic — example may serve to underscore your own thesis (paragraph 24) of the unity of the subject of jurisdiction (not: immunity) *ratione materiae*, and in so far it may be useful not to lose sight of the visiting Head of State or Minister.

7. Yes.

8. See my Statement of Principle.

9. I would rather view the different positions on their own merits. In the

end, possibly, a general principle may be discernible. Elements in it would probably be: mutuality in the respect of sovereignty, the extent *ratione personae et materiae* of a State's jurisdiction (including the question of the extraterritorial effect of national legislation), good faith, and (above all?) a State's willingness to submit to adjudication. Putting matters this way, I hope clearly to bring out "the relations of the subject with the general framework of relevant legal principles" (your paragraph 28).

10. Yes, for *acta iure imperii* (quite apart from how to distinguish them from *acta iure gestionis*) may at times be justiciable in foreign courts according to the view set forth in my Statement of Principle.

11. All must depend on whether your *criteria* and *indicia* (your paragraph 46) are of greater practicability than the "single more or less question-begging principles" (*ibid.*) you reject. For the time being, I am unable to see how "appropriateness (of certain subject-matter) for examination by municipal courts" and "essentially political, as distinguished from normal risk of implementation" (paragraph 47) should help us any further. As to "appropriateness", one only has to think of national legal orders not allowing tort proceedings against the government: their conception of appropriateness must differ widely from that of legal orders permitting such action. In fact one reverts here to the *acta iure imperii*. On what is "the essence of national policies" (*ibid.*), one must expect rather holistic opinions in States founded in an ideological and totalitarian philosophy, on the basis of which not much would be left to the free judgment of a municipal court; the same applies, more or less, to States with a strong governmental tradition. But my scepticism may be mistaken.

12. My alternative preferred solution would rather be inspired by the common element in the three solutions set forth in your paragraphs 38-43, *viz.*, the "enumeration", leaving aside all *formulation* of *criteria*. For the moment, I am indifferent as to whether one should enumerate the subjects which should be deemed *not* to come under a municipal court's jurisdiction *ratione materiae* (Hersch Lauterpacht), or those which a municipal court *has* jurisdiction to deal with (your own 1973 proposal and the 1972 European Convention). My approach would, in other words, be completely pragmatic, and States when called upon may have their own *criteria* and *indicia* for a judgment on the correctness of the enumeration.

13. No.

14. It is only natural that those who succeed in a municipal court to obtain judgment against a foreign State will make an effort towards its enforcement in case no voluntary fulfilment takes place: Pyrrhic victories are not commonly sought. It would be contrary to good faith not to allow them such enforcement, subject to the limitations imposed by the law of diplomatic and consular relations. Article VIII of the 1982 Draft Convention lists a few more immunities from attachment or execution which seem to be commendable.

But notwithstanding those immunities, I agree with you that, basically, "the position which can be justified in the context of jurisdiction can be justified also in the context of attachment and execution" (your paragraph 57). The *distinction* between the immunity from jurisdiction and the immunity from execution as apparent from the above-mentioned limitations, therefore, is one of political expediency only.

15. I regret not to agree with your position in the *Philippine Embassy* case as expressed in your paragraph 59. At p. 20, you admit that "immunity from jurisdiction is not justifiable" in a case like this. In paragraph 57, you proclaim the essential identity between (immunity from) jurisdiction and (immunity from) execution. But in paragraph 59, you side with the *Bundesverfassungsgericht* which would not allow enforcement of a judgment upon an account kept for "the maintenance of diplomatic functions" — *i.e.*, exactly for the same purpose as the Philippine office was to serve, the rent of which had not been paid for some time. In my submission, the *Gericht* should unhesitatingly have allowed such enforcement, from a standpoint of good faith as much as in order to keep up the respect the general public owes to the diplomatic function.

17. I entirely agree.

18. There is no good reason to increase difficulties by multiplying occasions for municipal courts to abstain. I look with little favour, therefore, on political subdivisions claiming immunity. State organs (or instrumentalities) appear to be a different proposition: they are to be identified with the State, and in so far as they act *as a State organ*, and not as a private person, their status should guarantee them the same immunity as enjoyed by the State.

19. See my answer *sub* 18.

Yours sincerely,

Maarten Bos

3. *Observations of Mr James R. Crawford*

Sydney, 24 February 1986

1. Yes. In particular, the Commission should consider the relationships between the subject-matter competence of Domestic Courts and Foreign State Immunity.

2. Yes, to a certain extent. Historically, Foreign State Immunity has been treated as an immunity *ratione personae*. Similar principles underlie the various fields of substantive immunity of foreign states from local jurisdiction and the area of foreign state immunity, but the distinction still has some value.

In particular, a properly articulated regime for foreign state immunity can avoid domestic courts touching on the difficult questions of substantive immunity and non-justiciability in proceedings involving foreign states, those being the proceedings which are by far the most likely to raise those issues.

3. In principle, local courts should have no discretion at the level of immunity (by contrast with the discretion that they may necessarily need to exercise in respect of forum non-conveniens or even, in some cases, non-justiciability). Of course, issues of immunity by definition arise in the national courts of a state other than the defendant state, and those courts have the task of fact-finding and of appreciation of the issues involved. But these functions are not in principle discretionary. The danger with a discretionary regime is that, as with certain versions of the conflict of laws, the courts in question will always end up by applying their own law and exercising jurisdiction except in the relatively few cases where the issues are manifestly beyond them, at which stage arbitrary exceptions or unarticulated preferences will prevail.

4. In general, yes, although these are only examples of a more basic genus. In my article in 1983 *British Year Book*, I tried to indicate what the underlying genus is, although even there I concluded that there were three distinct principles of international law operating.

5. State immunity is certainly not a principle of *jus cogens* in the sense that a state cannot abrogate its own immunity. Consent is of practical significance in the ways indicated in the report, through waiver, etc. However, I do not consider that the whole regime of state immunity now depends upon assumptions or presumptions as to consent. Consent is a supplementary, rather than the principal factor involved.

6. I do not think it is the function of the Commission to elaborate a detailed regime on this question, but it does need to be referred to, in the way that is done in the Preliminary Report, to indicate the various considerations involved.

7. Yes.

8. I have nothing to add to the views expressed in the *British Year Book* article referred to, and in A.L.R.C. 24, *Foreign State Immunity* (1984). However, I would not be as dismissive as the Preliminary Report is of the notion of commercial transaction when it is employed as one of a variety of exceptions from a general principle of immunity. I agree however, that the more work the notion of commercial transaction has to do (as, e.g. in the Canadian Act of 1982), the more it approaches the general and question-begging formulas previously employed, and rightly criticised in the Preliminary Report.

9. Yes, on the pragmatic grounds stated in the Preliminary Report.

10. Yes, emphatically.

11. As a basis for consideration, the preferred solution seems entirely acceptable. Of course, it is necessary, in the end to state a set of rules which will give national courts, often in a situation of considerable public exposure and sensitivity, clear rules on which to act.

12. Not applicable.

13. No.

14. I agree with the views stated in the Preliminary Report. There is no radical distinction between the two areas, nor is there any independently established rule of absolute immunity in respect of enforcement measures, in the present state of international practice. But there are distinct problems of application of a "restrictive" position in respect of execution.

15. Yes.

16. There is a practical problem in distinguishing between cases of accounts used for a variety of purposes, including purposes in respect of which immunity would attach. If a state could acquire immunity from execution simply by using a single account, the pass would indeed be sold. It should therefore be provided that property or funds should be substantially in use for commercial purposes before execution can be had against those funds. See A.L.R.C. 24, Chapter 10.

17. I have considerable difficulty with this provision (though I was a member of the I.L.A. Committee which drafted that draft Convention). However it does seem to me to be a very restrictive provision, which would not in practice apply very often. As I read it, it applies only to causes of action in respect of property rights subsisting in property taken in violation of international law, or property exchanged for that property. It is thus necessary to trace the property interests to the property concerned, and that property must now be in use for commercial purposes. Assuming, as would usually be the case, that the property was seized by the State itself, there would be no cause of action, under legal systems with which I am familiar, against an agency or instrumentality of the foreign state that came to acquire the property (except possibly in Admiralty, which is the subject of a separate rule in any event). Therefore the proceeding could only be pursued against the instrumentality if under the applicable law title to the property in question was still vested in the plaintiff. This would depend on the proper law of the transaction by which the property was taken, and thus on considerations of justiciability and foreign act of state. So far as Article 3, G. 1, is concerned, the situation is slightly different, in that there would normally be an *in personam* action for conversion or some similar domestic law claim against the state concerned in the taking. Assuming that the taking occurred outside the territory of the forum, the questions of responsibility and reparation are in my opinion matters for international law and not for the domestic courts of the forum state (courts which only the plaintiff will have chosen). The article

is a revealing illustration of the tendency to raise very difficult questions of subject matter immunity if jurisdictional immunity is excluded in cases where international law plays some active role. I would not support a provision to this effect in any instrument concluded by the Institut.

18. Although foreign state immunity remains an immunity *ratione personae*, as pointed out in the Preliminary Report, the extension of immunity to separate entities including political sub-division raises fewer difficult problems under a regime of restricted immunity. Foreign states are entitled to organise themselves in a unitary, federal or decentralised way, and if certain classes of activities are identified as entitling the governmental authorities of the state to immunity, it should not matter much that the authorities are central or local.

19. No, for the reasons stated in the Preliminary Report.

James Crawford

4. Observations de M. Manuel Diez de Velasco Vallejo

Madrid, 22 juillet 1983

1. Oui, même la formule « aspects récents » plutôt que de poser à nouveau le principe, semble se référer bien plus à certaines questions concrètes : immunité concernant les activités d'entreprises à participation étatique, immunité concernant les emprunts publics des Etats étrangers, condition de renonciation à l'immunité et à son retrait, etc. Les deux façons d'envisager les choses ne sont pas incompatibles. La question peut être posée à nouveau en termes généraux et les problèmes concrets être étudiés tel que le fait conjointement le *Rapport préliminaire*.

2. L'immunité juridictionnelle des Etats est une institution qui agglutine des règles diverses. La catégorie d'immunité *in personae* et *ratione materiae* peut avoir une valeur pour l'étude et l'exposition qui facilite ces règles.

3. Tant que les normes de droit international général concernant l'immunité des Etats n'auront pas une plus grande précision, les tribunaux internationaux auront nécessairement une certaine marge discrétionnaire au moment d'accorder ou de refuser l'immunité dans les cas concrets.

4. En droit international public, l'immunité de juridiction ne se pose pas comme une question de compétence. On sait que dans la doctrine juridique continentale, la juridiction au sens le plus vaste est la faculté ou l'autorité pour administrer la justice ou dicter la loi (*juris-dictio*). Certaines personnes emploient comme équivalents les termes de juridiction et compétence. Dans les cas sus-mentionnés plutôt qu'un manque de compétence des tribunaux pour connaître de toute cette liste d'affaires, il y a surtout un manque de juridic-

tion. Il est en tout cas évident que, s'il n'y a pas de juridiction, il n'y a pas non plus de compétence.

5. Le principe du consentement a joué un double rôle par rapport à l'immunité des Etats :

a) Comme base du principe de l'immunité, en ce sens que l'Etat territorial *consent* certaines limitations à sa juridiction territoriale au bénéfice des Etats étrangers, et

b) Comme base de l'exercice de sa juridiction par l'Etat territorial dans les cas de renonciation par l'Etat étranger. Ce qui semble plus discutable c'est de savoir si le consentement peut jouer un troisième rôle ou fonction : servir de base aux exceptions de l'immunité en pensant que la réalisation de certains actes ou activités par l'Etat étranger implique le consentement de l'Etat territorial à la juridiction. Si j'ai bien compris, cette idée est celle qui est à la base des propositions qui figurent à l'*Exposé préliminaire*. Pourtant, il est évident que, dans ce dernier cas, toutes les règles qui établissent des droits et des obligations internationales ont leur fondement sur le consentement des Etats.

6. La question de l'immunité des chefs d'Etat et des ministres de gouvernements étrangers, quoique historiquement liée à l'institution de l'immunité de l'Etat, est actuellement l'objet d'une réglementation spécifique. Traiter cette question conjointement à celle de l'immunité des Etats étrangers apporterait beaucoup plus de confusion que d'éclaircissement.

7. La situation des « forces armées étrangères » est une question qui, du point de vue juridique, a un caractère exceptionnel. Son régime repose sur des normes conventionnelles et c'est à celles-ci qu'il faut se référer. D'ailleurs, elle ne constitue pas une catégorie spéciale du point de vue de l'immunité souveraine.

8. Faire ressortir que l'immunité de l'Etat étranger n'est pas seulement une limitation à la compétence territoriale des Etats, et encore moins une conséquence du principe de non-intervention, mais un corollaire du principe de l'égalité souveraine des Etats.

9. Oui, naturellement.

10. La distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis* pose certainement des problèmes pour leur application juridique. Abstraction faite du but public ou privé des actes, compris dans un sens *objectif* sur la base de la nature de l'acte, la distinction peut être utile à des effets expositifs. Cependant, je suis d'accord qu'il s'agit d'une distinction qui n'est pas utile pour le développement du droit.

11. La « solution préférée » exposée par le Rapporteur est habile et elle a pour but de résoudre les problèmes posés par la distinction traditionnelle existant entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*. Je crois que cela peut être une base utile pour un examen de l'immunité de l'Etat en termes

généraux à la lumière de la pratique contemporaine. Pourtant, je pense que la « solution préférée », au moins en partie, et si j'ai bien compris la proposition, s'occupe aussi de la nature de l'acte, bien que en tant que critère combiné avec une certaine présomption de consentement.

12. Personnellement, je n'ai aucune « solution préférée » alternative.

13. Je suis d'accord sur la signification que l'on donne aux « aspects non contractuels » aux paragraphes 50 à 53 de l'*Exposé préliminaire*.

14. La distinction entre l'immunité de juridiction et l'immunité d'exécution n'est pas absolue étant donné que toutes deux sont deux aspects d'un même principe : celui de l'immunité souveraine des Etats étrangers. La distinction entre ces deux aspects est due à leur nature et à la phase de la juridiction à laquelle ils font référence. L'immunité de juridiction concerne la juridiction ou compétence judiciaire des tribunaux de l'Etat territorial. L'immunité d'exécution concerne l'activité du pouvoir coercitif, quelquefois exercé par les tribunaux mêmes, et d'autres fois par les autorités administratives ou policières. La distinction a des effets juridiques car, comme on le sait, on pense que, généralement, la renonciation à l'immunité de juridiction ne comprend pas la renonciation à l'immunité d'exécution. Cependant, je suis d'accord avec le *Rapport préliminaire* sur le fait que, fondamentalement, les deux immunités ne diffèrent pas en essence.

15. Je suis d'accord avec les points de vue du Rapporteur.

16. C'est un cas concret. Je crois que l'arrêt de la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne dans l'affaire *Philippines Embassy* a été correct.

17. La proposition de l'I.L.A. est délicate et pose des questions qui dépassent le sujet de l'immunité souveraine des Etats étrangers. Face à l'impossibilité de traiter le sujet en profondeur, je pense qu'il vaut mieux laisser de côté cet aspect.

18. Les questions posées par les sous-divisions politiques des Etats et des organismes étatiques sont délicates. En principe, les sous-divisions politiques et les organismes étatiques sont aussi l'Etat, pourtant la pratique internationale, semble-t-il, n'est pas très définie. Peut-être vaut-il mieux laisser de côté cet aspect qui est lié à d'autres questions très différentes, comme celle de la personnalité internationale, le *ius contrahendi* et le *ius legationis*, etc., de ces sous-divisions politiques et des organismes officiels. Si la portée de l'immunité dépend de la nature des actes ou activités il n'est pas nécessaire d'entrer dans le sujet des sous-divisions politiques.

19. C'est un élément à prendre en considération et la personnalité juridique interne indépendante n'empêche pas automatiquement la reconnaissance de l'immunité.

Manuel Diez de Velasco Vallejo

5. Observations de M. Ph. Francescakis

1. Oui. Je crois que vous avez remarquablement réussi à démontrer que le sujet appelle à être reconsidéré dans ses racines, même s'il ne s'agirait que de nous en tenir à des « aspects récents ».

Je voudrais cependant profiter de cette première question pour préciser, même si c'est un peu trop longuement, ma manière de considérer le traitement de notre sujet dans son ensemble.

A. — S'il s'agissait quand même de fixer notre attention sur des aspects du sujet qui présenteraient le caractère de nouveauté, nous pourrions sans doute penser d'abord à la conception restrictive de l'immunité. Non pas d'ailleurs tellement à l'accentuation de la tendance vers cette conception, mais à l'effort jurisprudentiel de justifier la restriction par le droit international public. A cet égard, les décisions allemandes et suisses recueillies dans le volume des Nations Unies (*Documentation concernant les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, New York, 1982) sont significatives. Il resterait néanmoins à se demander si l'orientation restrictive, qui paraît certaine quant aux pays occidentaux, est approuvée ou seulement tolérée par les autres pays, spécialement dans leurs transactions avec les pays occidentaux.

Mais c'est à mon avis un autre aspect du sujet qui présente vraiment le caractère de nouveauté. Il s'agit de l'apparition de législations nationales (à ma connaissance : Etats-Unis, Royaume-Uni, Canada, Singapour, Pakistan) qui réglementent dans le détail et même avec un certain luxe de détails, la conception restrictive. Quelle importance devrions-nous accorder à ce phénomène ?

Les convergences entre les lois en question seraient certes des éléments à retenir pour la constatation d'une pratique commune aux Etats concernés. Mais même quant à ces Etats, je ne crois pas qu'il faille en privilégier l'importance. Il a été signalé que le « texte pilote » qu'est le *Sovereign Immunity Act 1976* des Etats-Unis a eu, sinon pour motif, en tout cas pour effet, de prémunir contre l'invocation de l'immunité les banques prêtant à des gouvernements étrangers sur la base de contrats soumis aux tribunaux en même temps qu'au droit de l'Etat de New York. D'où une préférence des banquiers même non américains pour la place de New York au préjudice de celle de Londres. Enrayer une pareille fuite des affaires vers New York aurait été parmi les motifs du *State Immunity Act 1978* britannique (cf. Laurence Collins, note dans *Rev. crit. dr. int. privé*, 1980, p. 171-172). Les textes américain et britannique reflèteraient ainsi l'intérêt d'Etats qui occupent une place dominante sur le marché international des capitaux.

B. — La Convention du Conseil de l'Europe relève du même « aspect récent », pour autant qu'elle aussi aménage dans le détail la conception restrictive. Mais elle doit pareillement être considérée avec une certaine réserve eu égard à son succès jusqu'ici médiocre (en vigueur entre l'Autriche, la Belgique et Chypre et aussi le Royaume-Uni où pourtant elle est intégrée jusqu'à ne pas

être immédiatement reconnaissable dans la réglementation plus ample de l'Act de 1978). Il ne serait donc permis d'en tirer d'autre règle qui soit déjà commune aux autres Etats signataires au titre de coutume régionale que la vague permission de restreindre l'immunité.

C. — Les observations qui précèdent justifient donc finalement votre proposition de ne pas trop prendre à la lettre l'intitulé de notre sujet. Mais se posent alors, me semble-t-il, trois questions bien embarrassantes :

a) La première est celle de l'ampleur de notre observation de la pratique internationale dont seule la connaissance nous garantirait contre le risque de nous engager dans des opinions, soit coupées des réalités, soit fondées sur des solutions qui ne seraient explicables que par les conditions propres à certains Etats ou groupes d'Etats.

Concernant l'emploi dans ces conditions de la méthode inductive, notre confrère Sucharitkul a remarquablement montré (" Developments and prospects of the doctrine of State immunity - Some aspects of codification and progressive development ", *Netherlands International Law Review*, 1982, p. 252 et suiv.) les difficultés de sa mise en œuvre. Elle devrait conduire, rappelle-t-il en substance, à identifier la pratique des Etats « grands et petits » et accessoirement la pratique conventionnelle. Tâche qui devrait emprunter à la méthode analytique du droit comparé. Tâche cependant d'autant plus difficile que :

" ... the practice of States varies not only from country to country, or from jurisdiction to jurisdiction, but also within the same legal system, from period to period or from time to time " (p. 259).

Constatation à mon avis certainement exacte et qui met en relief une particularité de la matière qu'il faut tenir pour caractéristique. Quoi qu'il en soit cependant de cette difficulté supplémentaire, il est évident que notre Institut manque de l'équipement nécessaire pour pratiquer exhaustivement la méthode inductive.

Force est donc de nous en tenir aux connaissances fragmentaires que chacun de nous a pu glaner en fréquentant la littérature du sujet, que notre confrère Charles Rousseau a pu, dans son traité, qualifier d'« immense ». En nous aidant aussi des matériaux que les Nations Unies ont pu réunir pour la Commission du droit international dans le volume précité, dont au demeurant les lacunes témoignent des difficultés d'information.

b) Se pose ensuite la question du rôle que peuvent jouer pour nous les travaux parallèlement menés aux nôtres. Ceux de l'I.L.A. sont maintenant terminés. Le projet de convention auquel ils ont abouti (*Report of the 60th Conference*, p. 6 et suiv.) a été conçu dans le but précis de concilier les conceptions de la Convention européenne avec l'Act des Etats-Unis et dans la perspective qu'il soit soumis à une conférence diplomatique *ad hoc* (*ibid.*, *Final Report*, p. 326-327). Il apparaît ainsi que ce texte, qui doit aussi entrer dans notre champ d'observation et qui le mérite par sa qualité, concerne une aire géographique et politique limitée.

Ce qui n'est pas le cas du travail mené par la Commission de droit international. Or, il faut bien admettre que, par son optique mondialiste, il fait double emploi avec le nôtre. Est-ce jusqu'à le rendre inutile ? Ou bien faut-il penser que ce travail, entrepris au sein des Nations Unies, apparaît devoir être de longue haleine et qu'il nous incombe, tout en tenant compte des progrès qu'il a pu jusqu'ici réaliser, de le devancer ?

Après avoir été longtemps partagé entre ces deux points de vue, j'en suis arrivé à croire qu'il y a place pour une contribution de notre Institut au progrès de la matière. Mais se pose alors la question de la substance de notre apport, autrement dit celle de la conclusion de nos travaux, sur laquelle je voudrais maintenant insister.

D. — Nous pourrions dès maintenant ne pas viser à aboutir à une résolution. Ce qui précède sur la nature rebelle du sujet nous y engagerait. Il serait alors d'autant moins question d'échec de nos efforts que cet aboutissement est maintenant admis par notre Règlement et que même sans conclusion normative notre étude ne manquerait pas d'attirer l'attention.

Mais nous pourrions aussi aboutir à une résolution. Cela me paraîtrait souhaitable s'il nous était possible d'éviter le penchant, si souvent dénoncé dans nos sessions, vers les compromis de fin de session, générateurs de résolutions anodines telle sur notre sujet celle d'Aix-en-Provence (1954).

Pour le reste, votre rapport à lui seul permettrait d'identifier les questions qu'une pareille résolution aborderait. Sous réserve de la discussion qu'elles susciteraient, je me permets pour ma part d'en indiquer quelques-unes qui me paraissent à la fois importantes et susceptibles de recevoir une réponse convaincante. Il s'agirait de retenir celles concernant :

- le principe même de l'immunité : règle ou exception ?
- la distinction entre immunité de juridiction et défaut de pouvoir de juridiction ;
- la renonciation à l'immunité, les demandes reconventionnelles, la compensation ;
- la réciprocité ;
- l'effet de la clause d'arbitrage ;
- l'immunité des subdivisions politiques et administratives de l'Etat ;
- le rapport entre immunités de juridiction et d'exécution ;
- l'immunité d'exécution et les comptes bancaires mixtes.

D'autre part et au moins sous forme de recommandation, nous pourrions retenir votre suggestion de 1973 (que vous rappelez au paragraphe 41) consistant à appeler les Etats à légiférer en la matière, si toutefois le mouvement législatif qui s'est développé depuis lors nous paraît définitivement donner satisfaction. Mais je reste sceptique sur les chances de succès du complément dont vous assortissez cette suggestion, qui est de demander aux Etats ayant

légiféré de notifier leur législation aux Etats dont les ressortissants entrent en relations d'affaires avec eux.

2. Non. Et de toute manière, la préoccupation analytique que votre rapport met en avant, nous conduira sans doute à reconsidérer toute la terminologie traditionnelle.

3. Une marge de discrétion est sans doute dans la nature même de la fonction judiciaire et donc inévitable et même souhaitable. Sauf toutefois à se demander si pareille discrétion peut s'exercer sans consultation du pouvoir exécutif ou en passant outre à l'avis donné par celui-ci. Voir ma réponse à la question n° 8.

4. Oui dans l'ensemble, sous réserve d'une discussion qui pourrait conduire à des additions ou suppressions.

Plus importante me paraît cependant la position à prendre sur le bien-fondé de l'idée dont ces exemples procèdent (paragraphe 16-17).

Vous avez à mon sens tout à fait raison de soutenir que l'immunité doit être distinguée de ce que vous appelez le défaut d'"essential competence" des tribunaux nationaux. Et que ce défaut trouverait sa justification dans le principe de non-immixtion dans les affaires internes des autres Etats. Je pense qu'à elle seule la mise au point de cette idée représenterait un apport considérable de notre Institut à la clarification du sujet.

Pareille mise au point devrait tenir compte avant tout de la polysémie des termes « compétence » et « juridiction », tels au moins qu'employés dans les deux langues juridiques qui sont celles de l'Institut.

Vous relevez vous-même (paragraphe 5 et 16) les incertitudes de ce vocabulaire. Je voudrais dire pour ma part que le terme d'"essential competence" pourrait être expliqué, sinon avantageusement remplacé, par celui de « défaut de pouvoir de juger ». Car il s'agit bien de cela et l'existence d'un tel pouvoir est une question qui se pose avant celle de l'immunité.

Je voudrais rappeler à ce propos que dans le contexte du droit français J.-P. Niboyet avait proposé de distinguer entre « Immunité de juridiction et incompetence d'attribution » (article sous ce titre *in Rev. crit. dr. int. privé*, 1950, p. 139 et suiv.).

Toujours dans le cadre du droit français, qui connaît comme on sait une distinction fondamentale entre tribunaux judiciaires et administratifs, un courant doctrinal a soutenu qu'il y avait lieu de s'inspirer en la matière de la répartition des litiges entre ces deux ordres de tribunaux et donc de décider que, toute question d'immunité mise à part, un tribunal judiciaire ne peut pas connaître d'un litige qui, si l'Etat en cause était l'Etat français, relèverait des tribunaux administratifs.

Batiffol et Lagarde (*Traité*, t. II, 7^e éd. 1983, n° 693-2) font état de cette doctrine et constatant qu'elle a été au moins partiellement accueillie par la jurisprudence, tout en estimant que si les deux séries de problèmes « sont comparables, elles ne sont pas identiques » et que « l'enjeu de l'immunité est bien plus grave » que celui de ladite répartition.

Quoi qu'il en soit, cette orientation, pour spécifique qu'elle soit de l'organisation judiciaire française, n'en rencontre pas moins dans son résultat votre idée d'"essential competence". La liste des cas dans lesquels celle-ci devrait être considérée comme faisant défaut contribuerait à mettre en relief cette idée.

5. Non. J'attendrai sur ce point d'éventuels éclaircissements venant de nos confrères publicistes.

6. Non. Pas en tout cas à titre principal mais dans la mesure où elle pourrait encore éclairer la conception globale de l'immunité de l'Etat lui-même et des personnes morales qui lui sont assimilées.

7. Oui.

8. Votre formule selon laquelle ce ne sont pas les actes qui échappent à la compétence des tribunaux mais "the policies both foreign and domestic" qui sont "protected from such examination" (paragraphe 49) me paraît aller au fond des choses.

Se pose néanmoins la question de savoir si les tribunaux pourraient à eux seuls être les administrateurs de la politique étrangère, ou si, et dans quelle mesure, ils doivent suivre les directives venant de l'exécutif, le tout à une époque où la conduite des relations extérieures est plus que jamais une « navigation à vue ». Or, il est bien connu que les rapports entre le judiciaire et l'exécutif diffèrent d'un Etat ou d'un groupe d'Etats à un autre et c'est sans doute là une des causes de différenciation des solutions données ici et là.

A remarquer à cet égard que si la « juridictionnalisation » des problèmes de l'immunité paraît avoir été un des motifs déterminants de l'Act nord-américain, cette dépossession de l'exécutif a été réalisée dans un pays au sujet duquel la prééminence du pouvoir judiciaire n'est plus à démontrer. Il semble du reste que malgré cette réglementation, la possibilité de contact avec l'exécutif demeure (l'Act n'empêcherait pas le Département d'Etat de faire comme avant aux tribunaux des « suggestions d'immunité », sans parler de l'institution de l'*amicus curiae*).

Dans cet ordre d'idées il convient de relever qu'en France il est admis que la loi autorise le ministre de la Justice à ordonner au procureur général près la Cour de cassation de demander à cette juridiction d'annuler « pour excès de pouvoir » une décision des juges du fond qui aurait à tort refusé l'immunité. Deux arrêts sont signalés comme ayant prononcé cette nullité : Cour de cassation, Chambre civile, 23 janvier 1933 (*Hanukiew c. Ministre de l'Afghanistan* à Paris, *Clunet*, 1934, 96 ; *Rev. crit.*, 1934, 935) et, de la même Chambre, 6 juillet 1954 (*Société immobilière A. Dehodencq c. O.E.C.E.*, *Clunet*, 1956, 136 ; *Rev. crit.*, 1954, 612). Dans la seconde de ces affaires, où il s'agissait d'une organisation internationale, le ministre de la Justice avait auparavant demandé l'avis de celui des Affaires étrangères sur l'interprétation du traité stipulant l'immunité.

9. Les récents textes laissent penser que nous ne pourrions pas éviter cette formulation, même si elle n'aurait qu'un caractère formel.

10. Sans doute. Cela dépendra de la tournure que prendra notre réflexion. Je crains en tout cas que cette distinction ne soit pas encore appelée à quitter les esprits...

11. Je retiens de cette opinion l'orientation générale préconisée dans votre paragraphe 46 : tenir compte de critères ou d'indices plutôt que d'un simple principe, peu instrumental dans sa généralité. Et je trouve qu'il y a là une bonne base de départ, sauf que l'énoncé de ces « critères » ou « indices » dans une résolution risque de ne pas être facile.

12. Je ne vois pas de « solution préférable » à proposer, du moins tant que la vôtre n'aura pas été formulée dans un texte d'allure normative. La direction dans laquelle vous vous êtes engagé me paraît, en tout cas, pleine d'intérêt.

13. Non. Sur tous ces points vos opinions et leur justification me paraissent fondées.

14. Comme vous, je pense que les deux relèvent de la même idée. La différence serait, comme en droit privé interne, celle entre l'obtention d'une décision de justice et l'exécution forcée de celle-ci avec ses aspects offensants, voire dramatiques (saisie de biens corporels).

15. Oui. Une question toutefois qui mériterait qu'on s'y arrête serait celle de savoir si le juge peut passer outre à une clause contractuelle de renonciation expresse à l'immunité d'exécution, en raison de la survenance de faits nouveaux qui rendrait les biens en cause de l'Etat étranger susceptibles d'être couverts par l'immunité.

16. Je pense que c'est sous forme de recommandation que nous pourrions présenter votre suggestion qu'un compte spécial soit ouvert pour la couverture des affaires échappant à l'immunité.

17. L'impression que me laisse cette disposition du projet I.L.A. est qu'elle procède de la doctrine de l'*Act of State* telle qu'elle a évolué aux Etats-Unis après l'arrêt *Sabbatino*. Ce qui rappelle, soit dit en passant, l'imbrication qui existe entre cette doctrine et celle de l'immunité.

J'hésite à admettre que notre Institut s'engage dans cette voie. Car il aurait alors à affronter les difficultés qu'éprouvent les tribunaux des Etats-Unis dans l'application de cette doctrine. Voir sur ce point l'article de Peter Herzog, « La théorie de l'*Act of State* dans le droit des Etats-Unis » (*Rev. crit. dr. int. privé*, 1982, p. 627 et suiv.). Cette étude est particulièrement intéressante parce que traitant le problème sur un plan comparatif.

A observer en outre que ce texte de l'I.L.A. est axé sur la notion de *commercial activity* dont vous montrez que le sens fait également problème.

18. Il nous faudrait les assimiler à l'Etat, sauf à préciser dans quelles conditions. A noter toutefois que la jurisprudence française est traditionnellement hostile à cette assimilation (*cf.* les indications et la critique de Pierre Bourel in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1970, p. 105).

19. Certainement pas. A signaler que la récente jurisprudence française distingue à cet égard entre les personnes morales qui sont des « émanations » de l'Etat étranger et celles qui ne le sont pas (voir Paul Lagarde, « Une notion ambivalente : l'« émanation » de l'Etat nationalisant », *Mélanges Claude-Albert Colliard*, 1984, à paraître).

Ph. Francescakis.

6. *Observations of Mr Elihu Lauterpacht*

Cambridge, 25 November 1983

Dear Ian,

State Immunity and Enforcement of International Judgments and Arbitral Awards

Although I have not been keeping up with recent activities in the field of State immunity, it occurs to me that one aspect of the subject to which some additional thought might be given is that of the enforcement of international judicial decisions and international arbitral awards. In some situations, of course, there are express undertakings by States that immunity will not be invoked as a bar to the enforcement of awards. (See, for example, the World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes and the instruments establishing the Iran-U.S. Claims Tribunal.)

On the whole, however, consideration of the enforcement of a money judgment of the International Court or of any international arbitral tribunal is always affected by the problem of State immunity. Even though a number of States have now adopted legislative restriction of State immunity, an exception is usually made for the purpose of protecting funds held by State central banks. Moreover, if funds are held for purposes "*jure imperii*" there are often problems involved in attaching them.

In principle, it would seem strange that a State should be able to enjoy the protection of State immunity when not complying with obligations which it has incurred under arbitral awards. It really amounts to a case of international law protecting an international wrongdoer. Is there not room for consideration of the desirability of making special provision to cover such cases — whether such provision is made in future international instruments or in future national legislation?

Elihu Lauterpacht

7. Observations de M. Paul Reuter

Paris, le 12 juin 1983

Mon cher Confrère,

Je vous remercie de nous avoir donné l'occasion d'exprimer quelques vues sur la question dont vous êtes rapporteur et je vous félicite pour votre rapport préliminaire qui a le grand mérite de poser d'une manière simple, directe et excitante les problèmes essentiels.

En ce qui concerne l'objet général de vos recherches (question 1), j'estime que le rapporteur doit être libre de définir le cadre de sa recherche en fonction de ses idées essentielles. Il est parfaitement logique dans votre approche que vous centriez votre travail sur l'immunité de juridiction proprement dite, *i.e.* au sens français de « juridiction », mais en l'élargissant aux autres immunités selon les besoins de votre démonstration.

Ma position sur ce difficile sujet reste, même après les travaux de la Commission du droit international, ouverte. Je considère qu'au point de vue théorique, on peut aborder cette question de plusieurs points de vue, et qu'au point de vue pratique, elle présente des aspects très divers et évolutifs ; il est inévitable que les tribunaux jouent un rôle important et qu'ils bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation (question 3). Je pense qu'il est nécessaire de poser bien clairement au moment de tenter une synthèse finale le caractère des règles qu'on entend formuler. Certains considèrent qu'il y a une règle de droit international public concernant l'immunité de l'Etat et qu'il y a certaines exceptions. D'autres considèrent que la question relève du droit national et spécialement d'une technique analogue à celle du droit international privé ; cela n'exclut pas quelques règles de droit international public concernant notamment certains organes de l'Etat (chefs d'Etat, de gouvernement, diplomates, consuls, forces armées) et certains services (diplomatie et consulaire) et cela n'exclut pas non plus de chercher à établir des règles donnant un contenu uniforme à la pratique des Etats.

J'ai eu l'occasion d'exposer quelques réflexions sur ce sujet dans une étude en langue allemande, publiée dans « *Völkerrecht und Rechtsphilosophie, Internationale Festschrift für Stephan Verosta* » (Berlin, 1980, pp. 147-160) ; je ne sympathise guère avec ceux qui tendent à poser le principe de l'immunité de l'Etat étranger comme une règle presque absolue et j'accepte volontiers votre attitude très souple (paragraphe 46). Votre tendance à régler le problème de l'immunité sur la base de principes rationnels relatifs à la compétence des tribunaux est une tendance qui se présente naturellement à l'esprit quand l'on veut rejeter des notions vagues ou inacceptables à cause de leur formalisme. Je suis d'accord avec vous sur ce point. Mais je dois cependant énoncer quelques nuances qui me séparent peut-être de vous. Tout d'abord, je ne crois pas que le problème soit simple et puisse être ramené à une ou deux formules (à moins que ces formules n'éclatent en « sous-formules »). Je crois que l'immunité ne peut être entièrement réduite à un problème d'incompétence selon le

droit national. Je vous trouve aussi trop rapidement sévère pour le vocabulaire *jure imperii*, *jure gestionis*, et pour les « actes de nature commerciale » : le vrai problème est peut-être d'éclaircir ce vocabulaire par des « standards » dérivés. Mais de toutes façons, à moins de procéder par assertions dogmatiques, nous sommes condamnés à formuler des directives assez souples, que l'on propose ces directives comme des règles de droit international public, ou comme des règles de droit uniforme.

Permettez-moi pour le moment de ne pas répondre dans le détail à votre questionnaire ; je le ferai volontiers un peu plus tard, oralement ou par écrit.

Croyez-moi, mon cher Confrère, votre tout dévoué

Paul Reuter

8. Observations of Mr Sompong Sucharitkul

25 April 1986

1. I agree with the Rapporteur that the words "recent aspects" in the mandate of the Commission should be interpreted with a certain liberality with sufficient latitude for the Rapporteur to investigate the root causes of all the current problems relating to jurisdictional immunities. The Rapporteur should have a wide discretion to determine the precise extent of the "aspects" that should be covered in his report whether or not they are still considered to be of recent development.

2. The distinction between immunities *ratione personae* and immunities *ratione materiae* has served a practical and useful purpose in a special connection, in relation to the immunities accorded to representatives of States, especially diplomatic representatives of one State accredited to another State and personal sovereigns. The distinction has a clear function in determining the types of immunities that survive the mission of the accredited representatives or personal sovereigns and those that terminate with the end of their mandates. The distinction is supported by the practice of States in regard to the possibility of actions against ex-diplomats or ex-sovereigns.

Thus in *Léon c. Diaz*, Clunet 19 (1892), 1137, a former Minister of Uruguay in France was held amenable to the jurisdiction « *par la double raison que Diaz a cessé ses fonctions diplomatiques en France depuis 1889, et qu'il s'agit, dans son différend avec Léon, d'intérêts absolument privés et entièrement étrangers à ses fonctions de ministre* ». Similarly, in *Laperdrix c. Kouzouboff et Belin*, Clunet 53 (1926), page 64, an ex-Secretary of the U.S. Embassy in Paris was ordered to pay an indemnity for injury caused to two persons in a car accident. The action was brought three weeks after the cessation of his diplomatic functions in France in respect of an accident which occurred during his mission. The court observed : (at page 65)

« *Cons. que le principe de l'immunité diplomatique érigé dans l'intérêt des gouvernements, et non dans celui des diplomates, ne s'étend pas au-delà de la mission; que la thèse contraire aboutirait à créer au profit de l'agent diplomatique une sorte de prescription et une irresponsabilité indéfinie.* »

The practice of other States, such as Swiss (see *Clunet* 54 [1927], 1175 and 983-987, and also 1179), British (see *Magdalena Steam Navigation Co. v. Martin* [1859], 2 E. & E. 94, and *Re Suarez, Suarez v. Suarez* [1917] 2 Ch. 131, 139, [1918] 1 Ch. 176) and American (see *District of Columbia v. Paris* (1939), Cases Nos. 448485-448494, M.S. Dept. St. File 701.9411/1194 regarding an ex-employee of the Japanese Ambassador to the U.S.A.) also confirms this trend.

Article 14 of the Resolutions of the Institut de Droit International (1895) and Article 20 of the Havana Convention (1928) contain similar provisions. The Harvard Draft Convention and the Draft of the Inter-American Institute of International Law also contain virtually the same provisions. Article 39 (2) of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961, provides :

"*When the functions of a person enjoying privileges and immunities have come to an end, such privileges and immunities shall normally cease at the moment when he leaves the country, or on expiry of a reasonable period in which to do so, but shall submit until that time, even in case of armed conflict. However, with respect to the exercise of his functions as a member of the mission, immunity shall continue to subsist.*"

Thus immunities accorded to diplomats *ratione personae* terminate with their diplomatic functions, whereas immunities accorded *ratione materiae* continue to subsist, being, as it were, immunities of the States they represent.

The same distinction applies to acts of personal sovereigns or heads of State. Thus, in *Empereur Maximilien du Mexique c. Lemaitre*, *Clunet* 1 (1874), 32, immunity was upheld on the ground that the Emperor was the reigning sovereign in an action relating to the purchase of furniture for the decoration of his residence without payment. On the other hand, in *Mellerio c. Isabelle de Bourbon*, *Clunet* 1 (1874), 33, the court assumed jurisdiction on the grounds : (1) that the defendant, formerly Queen of Spain no longer retained that public office, and (2) that the order of jewels was for her own personal use (*ratione personae*) and not « *pour le compte du Trésor* ». The distinction between a « *prince régnant* » and an « *ancien sultan* » was maintained in the case of *Wiercinsky c. Seyyid Ali Ben Hamond*, Prince Bashid, ex-Sultan of Zanzibar in respect of unpaid personal service of massage rendered by the plaintiff.

Immunities enjoyed by diplomats and sovereigns *ratione personae* end with the cessation of their official functions, but the immunities accorded to them *ratione materiae* in the exercise of their functions continue to subsist. But the continued subsistence of immunities *ratione materiae* merely signified that they subsist as State immunities, and are therefore treated as such. Thus in the

Iran Embassy case as well as the Philippines Embassy's Bank Account case, the immunities invoked are immunities *ratione materiae*, the question raised concerns the precise extent of such State immunities which may also be restricted as in the Italian case of *La Mercantile c. Regno di Grecia*, Tribunale di Roma, 30-1-1955, *Rivista di diritto internazionale* 38 (1955), pp. 376-378, I.L.R. 1955, pp. 240-242.

The distinction between immunities *ratione personae* and immunities *ratione materiae*, which is useful in separating acts of representatives of States which are protected by States immunities *ratione materiae* and those which are only entitled to a temporary protection during the terms of office, is without use with regard to acts attributable to the States which are immune in any event *ratione materiae*. Continued reference to the expression might confuse jurisdictional immunities *ratione materiae*, i.e., State immunities with lack of subject-matter jurisdiction and "non-justiceability" of the proceedings under the *lex fori*.

The expression immunities *in personam* is not accurately phrased since it is more in contradiction to immunity *in rem*, while the phrase "*ratione materiae*" is to be contrasted with "*ratione personae*" with the special function of distinguishing between acts performed by State representatives on behalf of the States in the exercise of official functions and acts performed in their individual personal capacity unconnected with any official duty.

3. This is a fundamental question, meaningful perhaps in the common law jurisdictions, where the court may first have to establish the existence of its jurisdiction and then decide whether or not to exercise it. Thus, an English or American court would have the discretion to exercise or to decline to exercise jurisdiction on several grounds, including those other than State immunity, such for instance, as an act of State, non-justiceability, lack of personal jurisdiction, absence of subject-matter jurisdiction, or the existence of a better *forum conveniens* or other grounds recognized in private international law.

The practice of civil-law jurisdiction may be more compelling with less discretion. Thus, once the court decides that it is « *compétente* », it cannot decline jurisdiction. It has to determine the question submitted to it for decision. This is one of the problem areas in which Professor Niboyet has endeavoured to draw a line of distinction between « *immunité de juridiction* » which is public international law and « *incompétence d'attribution* » which is probably private international law reasoning.

The answer to question No. 3 therefore depends on the judicial system or the court of the country called upon to decide a given case. It cannot be stated categorically in advance that the court in general or a particular court can or cannot be given a discretion in according or withholding immunity. Such a discretion may in turn depend on the judgement or opinion of the court regarding the nature of the acts attributable to the foreign State.

4. The examples given in paragraph 18 provide excellent illustrations of apparent absence of legal basis for jurisdiction or reluctance on the part of municipal courts to examine cases in which under the rules of private inter-

national law they are without jurisdiction or for lack of essential competence, or subject-matter jurisdiction or remoteness of territorial connection or other grounds of non-justiceability under private or public international law. They are to be distinguished from areas where the courts are otherwise competent or have a valid ground on which to base jurisdiction under national law but refrain from exercising it on grounds of State immunity as required by public international law.

5. The principle of consent has a decisive role in relation to State immunity. It is possible to regard the question of State immunity as arising as the result of an interplay of a series of presumptions of consent, consent on the part of the host State to allow the passage of foreign troops for instance, or consent on the part of the sending State for its representatives to be subjected to the jurisdiction of the territorial courts when instituting legal proceedings in those courts. Consent has also been used to determine the possibility or the very existence or claimworthiness of State immunity, as immunity presupposes lack of consent on the part of the State claiming it. As such, immunity is *never* absolute, but always relative and can be waived by the State at any time or any stage of the proceeding. The question whether or not immunity will be granted or withheld in a given case may well depend on the readiness or reluctance with which the court will presume or assume or imply the existence of consent. On the other hand, immunity may also depend on the rigidity or strictness of requirements regarding the procedure of claiming immunity. Thus, immunity may be denied or presumed to have been waived, if no one has claimed it, or it may be denied if not properly claimed, such as by someone not recognized by the court as representing the State concerned.

Consent may be implied from the conduct of the State, and the readiness on the part of the local law to imply consent may reflect the degree of restriction municipal courts are prepared to place on the application of State immunities. It may provide a convenient common ground for a compromise to be worked out so as to give satisfaction to the various theories and schools of thought regarding the desirable optimum extent of sustainable jurisdictional immunities of States in international relations having regard to the co-existence of different ideologies, forms of government and economic structures.

6. The Commission's task would be incomplete without reference to the question of "heads of State and ministers of foreign governments". Precisely how far the Commission should treat various aspects of the immunities accorded and enjoyed by heads of States as State organs, and ministers as departments of government, is a matter to be carefully examined and accurately measured. There are other questions involved, such as immunities *ratione personae* during the tenure of their office, and immunities *ratione materiae* which survive their official functions, but which are equally subject to whatever restrictions that may be adopted to limit the application of State immunities *par excellence*. The question referred to in question No. 6 could be treated under the heading of State organs, departments of government, or agencies

and instrumentalities of States entitled to immunity. They are included on the list of recipients or beneficiaries of State immunities, of which the question of precise extent should merit the attention of the Commission.

7. "Foreign armed forces" can be subsumed under the heading of State organs. Their immunities depend on the extent of consent of the receiving State as well as of the sending State. Foreign armed forces constitute organs of the foreign States and are treated as such. The practice of States regarding the immunities of visiting foreign forces in time of peace is abundant. While the immunities accorded to foreign visiting forces or men of war are subsumed under other general categories of State immunities such as State organs, they nevertheless deserve special attention. The emphasis in this connection should be placed not so much on the granting or denial of immunities, but rather on the division or partition or priorities of the exercise of concurrent jurisdiction. Competition should be properly balanced between the exercise of disciplinary or supervisory military jurisdiction of the visiting forces and due process of the local criminal law. In actual practice, there are no hard-and-fast rules save the existence of concurrent jurisdiction that must be carefully partitioned and adjusted so as to achieve a healthy balance between various conflicting interests of the territorial States and the sending States. Several bilateral status of forces agreements and regional collective defence treaties may provide revealing examples of possible cooperation between the authorities exercising concurrent jurisdiction. But the matter is delicate and susceptible of high sensitivity and popular emotion, especially in areas where foreign bases have been established. This is a trans-ideological problem whether in NATO alliance or in Warsaw pact, it has to be handled with extreme caution.

8. In as much as the extent of immunity may be said to reflect policy considerations regarding the rationale or justification of State immunity, a serious attempt to determine the precise scope or limit of immunity must of necessity take into account policy considerations underlying the concept of immunity. If indeed immunity is a general principle of international law, a more fundamental principle is to be found in the concept of sovereignty and equality of States on which immunity is based. Yet more basic than sovereignty is the principle of territoriality to which immunity is but an accepted exception. Doctrinal approach varies considerably with the policy considerations, especially now the controversy is further complicated by the growing voice of the third world of developing nations. It would be a grave error to overlook or underestimate the cries of the overwhelming majority of States simply because they were neither European nor Socialist, or because their attitude and approach may be basically different from the West or the East. Whatever principles of international law to be developed, the courts should take into account the relevant interests of all States and the policy considerations of all nations, whose dignity or existence may depend on the general recognition of an optimum volume or measure of State immunity. The nature test is basic but not always conclusive. In appropriate instances the purpose test may be determinative.

9. The formulation of immunity as a general principle is justifiable as long as it is recognized that in relation to a more basic concept of territoriality or territorial sovereignty, immunity itself is an exception to the more general and fundamental rule of jurisdiction of the territorial State. It is on the basis of implied waiver of jurisdiction or consent of the territorial State that immunity has come to be regarded as a general rule and in that context can be so formulated. Another approach has also been suggested that there are two equally valid general rules: one of jurisdiction and another of immunity, and that each one constitutes an exception to the other. The exercise of jurisdiction is not infrequent in practice in well-defined areas of non-immunity. It might be possible to work out areas of immunity at the same time as areas of non-immunity on an equal basis. This approach has not been adopted in effect, as State practice as well as codification efforts have started from the proposition of immunity being a general rule and non-immunity in specified areas being its acknowledged exceptions.

10. While the practice of many States such as the United States, Federal Republic of Germany, the Netherlands, Austria and to some extent also the United Kingdom and France recognize the distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*, the practice of other countries such as Italy, Belgium and Egypt probably accepted a more fundamental distinction between the public and private character of State acts or between the public and private capacity or personality of State. On the other hand, in socialist jurisdictions all activities attributable to the State are public. Apart from being objectionable in the eyes of many legal systems, the distinction is also unsuitable as a basis for the development of international law, as it is unworkable in practice and admits of considerable loopholes. It may even be considered arbitrary and lead to injustices or inconsistent results.

11. The Rapporteur's "preferred solution" offers an interesting possibility in theory but appears to be far removed from the existing State practice. If the law of State immunity is empirical, an inductive approach is to be preferred. The Rapporteur's suggestion merits closer attention with regard to the existence of criteria and not the application of a single criterion for determining immunity or non-immunity. None of the illustrations or examples furnished by the Rapporteur readily commend themselves to any generally acceptable solutions. Indeed, the jurisprudence or case law of several States has come up with different answers, different solutions and different results, depending on the criteria employed. The two principal distinctions proposed by the Rapporteur could be helpful. The first is similar to Professor Niboyet's distinction between «immunité de juridiction» and «incompétence d'attribution», now incompetence *ratione materiae* or lack of subject-matter jurisdiction. The second distinction between the *essence* of national policies and the *normal risks* of implementation by means of private law transaction may attract some support from developing countries if priority is accorded to their national policies.

12. My "preferred solution" is one based on an inductive approach, *wherever possible on existing State practice*, or on current trends in the practice of States. This is possible if acts attributable to States to which legal proceedings relate may be classified into specified areas. In each of these areas particular attention should be paid to the types of criteria that could be adopted for distinguishing elements giving rise to immunity from those giving rise to non-immunity.

13. It is understandable that the Rapporteur's treatment of non-contractual aspects finds justification in the existing dichotomy of the common law between contract and tort. In civil law and Roman law treatment of obligations and things, non-contractual aspects are simply too broad a perspective to be placed under one single category. The Rapporteur has referred to various specified areas such as the right to property, the use of property, the protection of industrial property, personal injury, damage to property, succession to property and trust. The broad spectrum of "non-contractual aspects" is not inaccurate but may tend to reduce the significance or true value of other branches of the law, such as State responsibility, international liability, capacity to acquire property rights, etc. It is therefore at best inadequate to indicate a wide variety of residual areas outside the realm of contractual aspects.

14. There may be more than one discussion of the distinction between immunity from jurisdiction and immunity from measures of enforcement. There is to begin with the time dimension in which the question of immunity from jurisdiction must first be settled not only in the negative but also positively in the form of judgement debt or award before any question of measure of execution could be considered. In the second place, enforcement measure by way of execution presupposes the existence of property, movable or immovable within the jurisdiction of the State of the forum. Execution can only be levied against such property. Other enforcement measures such as specific performance or injunction are not likely to be imposed as they seem inappropriate or unenforceable against a foreign State.

Whatever the nature of distinction between immunity from jurisdiction and immunity from execution, the two immunities represent two succeeding phases in the legal proceedings. This does not preclude the possibility of seizure or attachment of property *ad fundandam jurisdictionem* or other types of sequestration or freezing of assets as security measures, which constitute pre-trial enforcement measures from which State immunity may also be invoked. Thus waiver of immunity from execution is also possible but as a separate act from waiver of immunity from jurisdiction.

Immunity from adjudication is immunity from the jurisdiction to adjudicate. It is an ordinary meaning ascribed to jurisdictional immunity, which in its extended interpretation also covers immunity from the jurisdiction to seize or attach property as security or in execution of a judgement. The authority or agencies empowered to adjudicate are invariably the judges or the courts or judicial authority, whereas the power to execute may be conferred in various

countries on administrative authorities or executive agencies other than the judiciary or even the « police judiciaire ». Such enforcement measures should be ordered or authorized by the courts.

15. I do not disagree with the Rapporteur's provisional view that the immunity "from execution" is essentially the same immunity as that "from jurisdiction". Indeed both are covered by the expression jurisdictional immunities. However, I beg to differ as regards considerations of principle and policy that are not necessarily identical in both cases. Consent to be sued is separate from and cannot be identified with consent to measures of execution. In fact, consent to execution *per se* is inadequate to allow enforcement measure to proceed. There must also be clearly identifiable assets or property against which execution is leviable with the consent of the foreign State. Here, opinions of government may differ as to the sacrosanctity or unattachability of certain types of public property such as military aircraft, man-of-war or military installations and facilities, funds of the central bank, which lie beyond the power of the territorial State to seize or detain, some say by presumption, others even by consent. To protect the interest of developing countries against the new frontier of enforcement measures which have recently been adopted by the courts of highly advanced countries a rule of law is being progressively developed in the direction of prohibiting seizure or attachment of several types of State property, at any rate without the clear and unequivocal consent of the State. If it relates to permanent sovereignty over natural resources, even such consent may be insufficient.

16. I would not approach the problem of general accounts as presented in the Philippines Embassy Case in the same manner as was adopted by the United States Court in the Tanzania Embassy Case, which resulted in the interruption of the normal diplomatic relations, a decision which should be left to the discretion of the political branch of the government. A mixed account or general accounts of an embassy should never in any circumstances be presumed or construed to serve as deposit of payment to service future or pending adjudged debts. Too facile a presumption or imputation of consent would make a mockery of international law if not indeed of natural justice. National courts should not be tempted to perform miracles in areas where even international tribunals dare not enter. In the absence of practical measures of enforcement against States in the international legal order, it would seem premature to suggest that municipal courts could enforce payments of debts or performance of an obligation by a foreign State.

17. My opinion of the provisions of Article III of the I.L.A. Draft Convention cited in question No. 17 is consequential on my reply to the previous question. Is it possible for municipal courts of a State to arrogate to themselves the power to decide questions of legality of a nationalization decree or the taking of property in violation of international law? How far can such unilateral decision have any effect in international relations; particularly, should the State of the *forum* assume the role of a *judex in sua causa*? There appear to be

countless considerations that militate against such a proposal. True it may be that it is about time some responsibility was assigned to national authorities of a State, but assuredly this is not an area where national adjudication or enforcement could pave the way to international cooperation. Consent is the key to the solution of all pertinent questions. Without consent no enforcement measure should be encouraged, nor should consent ever be lightly presumed or implied, when it comes to seizing or freezing or attaching property of a foreign State. The exception of property or assets earmarked for servicing of contractual debts or obligations arising out of commercial transactions should not be confused with property taken, whether or not there is or can ever be property taken in violation of international law, which surely belongs to a different chapter of international law. It should give no grounds for municipal courts unilaterally to purport to redress an alleged internationally wrongful act. Such a mandate should be reserved for international instances, judicial, arbitral, conciliatory or otherwise.

18. My view conforms with the general practice of States on the status of political subdivisions, including constituent units of federal States, and State instrumentalities. Political subdivisions may directly enjoy State immunities in their own names if so provided in the constituent instrument establishing the confederation, such as Switzerland and Brazil. Otherwise, they could act as organs of the government entitled to State immunity. The expression "State instrumentalities" is not new in American constitutional history, but difficult of translation into other European or Asian languages to be sufficiently meaningful. Do instrumentalities include warships, spacecraft, naval base, military installations and embassy premises as well as other "*instrumentum legati*"? If so, should the immunity accorded be one relating to the State as an international person or more precisely to the instrumentality as State property rather than State organ or representative of State? These are separate questions that require distinct clarifications. Political subdivisions are State organs or agencies rather than instrumentalities of government.

19. I do not consider the separate incorporation of an entity as a legal person under municipal law to be automatically conclusive of the intent of the State to waive or renounce immunity. On the contrary, many States give legal personalities to their ministries and departments of government to provide them with necessary legal capacity to sue and be sued in their own courts. But when it comes to proceedings before the courts of another State, the capacity to sue and be sued still persists subject to the claim of State immunity. It should be stated, however, that in the practice of some States, such as the Soviet Union and other socialist countries, trading corporations are established precisely to engage in external commercial operations with clear provision also in bilateral treaties waiving immunities in no uncertain terms, not only immunity from jurisdiction but also from execution, by allocating or setting aside bank accounts or assets for that very purpose. Yet in practice private litigants were not content with the solution so generously offered but

still sought to proceed directly against the foreign State *eo nomine*, hence the source of unnecessary misgivings. (See the Qureshi's Case in Pakistan Supreme Court.)

20. N.B.

Additional Comments :

One of the most recent aspects of jurisdictional immunities is the law suit crisis now very current in the U.S.A., the U.K. and other industrially advanced countries. The cost of a law suit may be so exorbitant and so prohibitive that to establish State or sovereign immunity alone may cost more than the total value of the claim against the foreign State. (See, e.g., Document No. AALCC/IM/83/1 Asian-African legal Consultative Committee, Meeting of Legal Advisers, New York, November 1983; and the House of Lords Judgment in *Alcom Limited v. Colombia et Al.* [1984] A.C. where Lord Diplock said at page 725, regarding the cost incurred in the garnishee proceedings for the bank account of the Embassy of Colombia in London: "*Those, to the discredit of our legal system, Your Lordships were told, already exceeded the amount of the judgment debt even before the appeal reached this House.*")

Sompong Sucharitkul

9. Observations of Mr Yuichi Takano

Tokyo, July 1983

Section 1.

State Immunity has lately attracted considerable attention from the international community. The main cause for this concern is deemed to be increasing opportunities for Nation States to participate in economic and commercial activities.

States have traditionally been subjects of diplomatic, political and military relations on the international plane. Such relationships between States are in principle authoritative by nature, based on international agreements, or international law in general. However, when States appear on the international stage of economic and commercial activities, they are not necessarily acting as authoritative subjects, nor upon the basis of international agreements or international law in general. States today are known to frequently form economic and commercial relations in the same manner as private individuals or organizations and act on the contractual or municipal private law basis.

When problems arise during the course of such State activities in the economic and commercial fields within the territory of other sovereign States, the question is raised whether States are subject to the jurisdiction of those terri-

torial States or otherwise immune from the jurisdiction of those States. This is the central issue concerning State Immunity.

Section 2.

Nation States possess sovereignty and enjoy equality as such under international law. Accordingly States do not submit themselves to the authoritative powers including the judicial of territorial States. In contrast, States may exclusively exercise their powers within their territories with exceptions so agreed specifically in international law. This is also an established principle of international law.

Owing to today's close relationships between States, the activities of a State may often extend to another State or States, especially in the ambit of economic and commercial activities. Then how should the conflicts caused by such State activities be dealt with? Should the judicial power of territorial States be excluded — immunity granted to the States concerned? Is that established upon the basis of international law? Or should the offending States be subject to the judicial power of the territorial States — immunity not granted? Is that established without exceptions by international law?

The authoritative acts of the diplomatic, political and military fields in relation to other States are generally exercised in accordance with rules of international law, though this happens in rather rare occasions. When those acts should be carried out or should produce some effect in other States' territory, they are usually exempted from the exercise of the jurisdictional power of the territorial State on the ground of the rules of established international law (immunities — the so-called immunity *ratione materiae*). Economic and commercial activities by States are not always performed as acts *jure imperii* so-called, nor are directly regulated by international agreements or international law. When the so-called acts *jure gestionis* by States based on contracts and municipal private law give rise to trouble in territorial States, is there any established international legal basis to grant immunity because of the subject of the acts being still sovereign States? This is the current issue of State Immunity today.

Section 3.

Modern Nation States were created and developed by sovereign monarchs who had emerged after the downfall of the Medieval Age order. Diplomatic agents were accorded *in personam* judicial immunity as well as inviolable rights in territorial States as representatives of their sovereign monarchs (sometimes with exaggerations). Nation States themselves were also conceived to be subjects of sovereignty. Monarchs and other Heads of State enjoyed immunity *in personam* when they travelled to other States on rare occasions. In those days problems seldom occurred through State activities in foreign States' territories; but once they occurred, sovereign States were generally deemed to be objectives of judicial immunity. The fact that most of the State activities used to be diplomatic, political and military ones might not be irrelevant.

However when State officials other than Heads of State or diplomats are sent to other States, their activities are not necessarily immune *in personam* from the receiving States. Activities abroad by consuls, military personnels or public vessels (other than warships) fall under a similar category. In the light of recent circumstances where State activities have been extended to economic and commercial fields on a world-wide scale, the State Immunity from the jurisdiction of territorial States is no longer self-evident and established principle to be applied generally *in personam* to sovereign States. The present international law proves, through international agreements, municipal laws and court decisions of foreign sovereign immunity, that States are not necessarily granted immunity by virtue of their sovereignty. Hence the judicial immunity is not general or absolute but restrictive... or rather becoming restrictive. It is true that this can be specifically applied to the economic and commercial activities by States.

Section 4.

Economic and commercial activities by States are not necessarily carried out through international agreements between States. They are often performed through contracts with private individuals and organizations within the realm of municipal law.

In such cases, it is rather fair and proper from an objective point of view that those State activities should be regulated by the municipal law therein. The intention of the States may be interpreted as such. At least it would be not only unnecessary but also inappropriate to place such relationships within the sphere of judicial immunity derived from the sovereign equality of international law. Also, it would be unfair if contractual relations under municipal law between foreign States and individuals or enterprises were to be thrown out of "rule of law" on account of State Immunity. Actions through diplomatic channel including diplomatic protection are indirect and unwarrantable, and so they may be either inadequate from the standpoint of protecting individuals, enterprises and banks, or may be too excessive, constituting possibly excessive intervention by foreign States in domestic affairs. At the same time, States might be put into disadvantageous situations as individuals, enterprises and banks may eventually avoid transactions with such foreign States if they normally hide behind claims of immunity.

Section 5.

Socialist States such as the Soviet Union or the post-war developing States have been observed to emphasize their sovereignty with their more or less different backgrounds from those States of the West which represent the tradition of modern Nation States. The allegation and attitudes made or taken by the Soviet Union as to the State Immunity are the most typical. The Soviet Union maintains that the most fundamental principle of international law is that of sovereign equality and the principle demands that all activities by the States or State organs, including economic and commercial ones, enjoy immu-

nity in foreign States. There are two points to be paid attention to as concerns the allegation and attitude of the Soviet Union.

(1) The Soviet Union insists that States may subject themselves to the jurisdiction of foreign States only when they give "consent". It is not necessarily clear whether this consent (a) means *ad hoc* one given to a specific case or (b) includes consent upon which an international agreement is formed or (c) still more encompasses explicit or implicit consent of each State upon which general rules of international law is based. (a) and (b) may be included within the concept of "consent" of the USSR. With respect to (c), the USSR's standing is not well defined yet; does she assert there is no such international rules under the present circumstances, though admitting its possible emergence in the future, or does she deny such international law could ever exist logically? It is not clear.

(2) The second point is related to the governmental structure of the Soviet Union which differs from that of Western nations. The Soviet Union maintains that all the activities including economic and commercial ones, should be granted immunity in foreign States so far as they are done by the State itself, its political subdivisions or state instrumentalities. This immunity can only be excluded in the cases where the State has given its "consent" to the territorial State. At the same time, the Soviet Union admits that some non-State bodies such as "Soviet foreign trade associations" are engaged in certain spheres of economic and commercial activities and that no immunity is given to them in the territorial State (Memorandum of Professor Ushakov, ILC document, A/CN 4/371, 11 May 83, p. 6). But how to classify the group of economic and commercial activities exercised by the State, or its subdivision or instrumentality from the other group done by non-State bodies falls under the control of the Soviet Union. And that classification may be changed pursuant to her policy.

An ideological confrontation of principles seems to exist between the Soviet Union and other States, on State Immunity. However, a common basis can be somehow shared among them, taking the two points mentioned above into consideration. This can be said not only as to the *lex ferenda* of State Immunity but also as to the *lex lata*.

Section 6.

There appears to be an overall trend of restrictive immunity in the field of economic and commercial activities by foreign States. And yet it is not easy nor appropriate at this stage to define such restriction by a clear-cut principle, though leaving a possibility for the future. In terms of economic and commercial activities, we are duly concerned with the "nature" of the activities. However we should first bear in mind that the "nature" is often affected by the "purpose" of the States concerned. Secondly, political and diplomatic effects, which might be caused by the granting or non-granting of immunity, should be taken into consideration to some extent. It is a purpose

of international law to maintain good and friendly relationships among States in the fields of politics and diplomacy. This applies also to the international law of State Immunity.

In granting immunity, the concerns mentioned in Section 4 should also be reviewed. There may be some differences of considerations between immunity from legal proceedings and immunity from execution. Immunity or non-immunity from execution gives a stronger effect of political and diplomatic character. It comes into the consideration under the second remark above. However it should be understood that legal proceeding itself and execution on the objective of the same legal action are closely related, and so distinction in handling them as to the immunity problem is to be only a matter of degree.

Section 7.

There are two ways in formulating State Immunity :

(1) State Immunity comes up as a problem when State activities become an objective of legal issue under the territorial jurisdiction of other States. Any State may in general place every activity in its territory under its jurisdiction. This is a basic principle of international law. This general jurisdiction of territorial State is, or may be, excluded by the special rules of international agreements or general international law. This exception may also be recognized by unilateral consent (Section 9) of a territorial State. So there is a way to enumerate these exceptions (immunities) which exclude such territorial jurisdiction. State Immunity will be treated in this context. Among these exceptions could be included Heads of States, diplomats and warships which are generally accorded immunity regarding their activities, and also consuls, other public officials, military personnels, or public vessels that are usually granted immunity to some extent in accordance with the character of their activities (Report, para. 18), setting aside the intention whether this Commission should encompass them within its work for the moment. Under this method we have to enumerate foreign State activities as exceptional cases of immunity, while considering the present circumstances do not in general grant immunity to the foreign States in the field of economic and commercial activities.

(2) Sovereign monarchs or States themselves embodied through such monarchs were traditionally considered not to submit themselves to the jurisdiction of other States upon the basis of sovereign equality. Meanwhile the activities of States have become more and more diversified in function and extended especially to the economic and commercial fields. In this context, certain cases may considered to be preferably subject to the jurisdiction of the territorial States in view of the nature of the activity and also in view of the (foreign) State purpose therein. Therefore the second method is to enumerate exceptional cases to the rule of general immunity of sovereign States.

Section 8.

The former way (1) may be logical whilst the latter (2) may be practical.

On my part, I would like to support as a principle the former way. Thus I support the reasoning by Sir H. Lauterpacht in Report, para. 38 and the following paragraph 41 in which the territorial jurisdiction is indicated as the first principle. I cannot agree with the statement by Fitzmaurice referred to in para. 35 if it should mean that all activities of States must be immune from the jurisdiction of a territorial State because the State is always a sovereign State. In this sense State activities come under the territorial jurisdiction of a foreign forum State unless international law provides specially otherwise (= immunity). However such an international law can hardly be identified as to the whole extent of State activities as the latter have recently expanded and diversified especially in the economic and commercial fields.

For this reason the second practical method will be taken up. States have long been considered at large to be immune from the foreign forum State in its activities. Exceptional cases should be identified against this State immunity and a tendency, a guideline or a principle should be pursued which dominates (governs) through these cases. However it is difficult to specify the concrete cases (even in economic and commercial activities) by a clear-cut criteria where foreign States subject themselves to the jurisdiction of territorial States (Section 7 - (2)). The criteria may exist in the nature of the State activities and the legal form in which the State activity is carried out. But the purpose of the State for which the activity is fulfilled may not be disregarded. Therefore I am of the opinion that it would be necessary to enumerate the definite and concrete cases of non-immunity so recognized in international agreements, municipal legislation, judicial decisions and other State practice even though we should have basically resort to the method of Section 7 - (1). In this sense I agree to the proposal of Report, para. 45. The rules and exceptions are often crossing each other in this field.

Section 9.

There may be an occasion in which a foreign State does not invoke a right of immunity before the court of a territorial State even though immunity is, or may be recognized under international law (not only outside the so-called immunity *ratione materiae* but also within the immunity *ratione materiae*). The jurisdictional power of the territorial State may be exercised in this case and it does not contravene international law. When a foreign State joins the legal proceeding or brings a suit on its own initiative, the case may be understood in the same meaning as the case just mentioned above. These are the occasions based upon the "consent" of a foreign State.

On the other hand, an activity of a foreign State, especially that of the economic and commercial fields, often takes a form of contract of private law character with private individuals, enterprises or banks in the territorial States. In such a case where the immunity is not necessarily established by international law, the territorial State may by national legislation or a specific official measure (administrative or judicial) concede immunity to a certain category of cases or to a specific case. This does not oppose international

law, and this is a case of immunity based upon the "consent" of a territorial State.

If a definite direction appears in some way or another on the problem of State Immunity out of the accumulation of such cases of State "consent", there may be a possibility and even probability for the future formation of rules in this matter through an international agreement or even general international law. They are supposedly rules of international law which stem from the coincidental content of "consent" by each sovereign State in the international community. This is what I have understood under the idea of "consent" in the international law problem of State Immunity. However I am not fully confident of my understanding of the exact meaning of the principle which the Rapporteur has considered the most fundamental principle as well as that of "territorial jurisdiction" (*Report*, para. 4).

Reply to Questionnaire.

1. Yes.
2. Yes, to some extent.
3. See Comment 9.
4. Yes.
5. Comment 9.
6. Not necessarily. Comment 7 (1).
7. Not necessarily. Comment 7 (1).
8. Comment 6.
9. No, for the moment. See comment 8.
10. No, not necessarily. Relatively useful as one of the guidelines for reference together with other distinctive terms used in the European Convention, the British and the U.S. legislations such as :
 - " industrial, commercial, financial activities ", " civil or commercial matter "... the European Convention ;
 - " a commercial transaction ", " the exercise of sovereign authority ", " for commercial purpose " (six times)... the British legislation ;
 - " a commercial activity " (definition and several times)... the U.S. legislation.
12. Comment 7, 8 and 9.

There is a theory among the Japanese scholars on this subject that the criterion for granting or non-granting immunity should be rested on the objective, in other words on the content and nature of a specific law suit raised by

the plaintiff. According to this criterion, whether the official function of the foreign State is impeded or not determines the granting or not granting of immunity.

14. Comment 6.

15. Yes, I do.

16. The German Court would have admitted the execution to be carried out against the State of Philippines if the execution had been directed to the resort-house for leisure owned by the Philippine Embassy or to its asset assigned to the commercial activity, instead of its embassy building which were assigned to the performance of its diplomatic functions.

17. A foreign State shall not be immune from the forum State jurisdiction where its property is used for a commercial activity by itself or by its agency, irrespective of the judgement that the property was, or was not taken by the foreign State in violation of international law. It means that a foreign State shall be immune so far as its property is used for its official activities such as diplomatic, military, etc., regardless of the judgement that the property was taken in violation of international law. In the latter case the plaintiff's claim on the property itself shall not be immune if the property is to be judged as taken in violation of international law.

18. They do not differ from the State itself in principle. However it may depend upon the organic structure of a specific State: what kind of activities on behalf of the State is assigned to its political subdivision or instrumentality should be the criteria by which that political subdivision or State instrumentality will enjoy immunity or not. See Section 5. I also agree completely with the idea that "the legal status concerned must be regarded as merely a part of the evidence of the nature of the activity on a particular occasion". Report para. 65 (and 66).

19. Yes, I do, but in general only. See Section 5.

Yuichi Takano

Air pollution across national frontiers

La pollution de l'air à travers les frontières nationales

(*Twentieth Commission*)

Provisional Report

Geraldo E. do Nascimento e Silva

Introduction

The Bureau of the Institute created the 20th Commission (*) during a meeting held in Paris in February 1984 and entrusted it with the task of preparing a draft Resolution on « La pollution de l'air à travers les frontières nationales » (Air Pollution Across National Frontiers).

According to Article 4 of the Rules of the Institute, the Rapporteur prepared a *Preliminary Exposé* together with the corresponding questionnaire, which was distributed in December 1984.

The question of the pollution of the atmosphere did not arouse much interest, but after the nuclear disaster in Chernobyl one can reasonably say that it can be listed among those which are demanding a serious and immediate appraisal.

The Rapporteur's absence in Helsinki certainly hindered the work of the Commission and it is to be presumed that the members who were unable to answer the *questionnaire* would probably have made valuable contributions to the preparation of this Provisional Report.

(*) The 20th Commission is composed of Mr do Nascimento e Silva, *Rapporteur* and Messrs Blix, Henkin, Lachs, Rudolf, Salmon, Seidl-Hohenveldern, Sette-Camara and Wolf, members.

Be it as it may, even though only four members answered the *questionnaire* their observations are such that the Rapporteur feels qualified to continue his task, convinced that the nuclear accident at Chernobyl will have considerable influence; that there is an ever-increasing conviction that stringent rules must be adopted and implemented as regards acid rains; and that the international community is slowly but surely taking steps to protect the ozone layer.

The nuclear disaster at Chernobyl, spewing dangerous radiation into the atmosphere, calls for a conscientious reappraisal of the rules of international law applicable to pollution of the atmosphere.

The *Preliminary Exposé* contained questions which have taken on a new importance and sense of urgency as is the case with liability, ultra-hazardous activities, nuclear pollution, the possibility of pollution of the environment being considered an international crime, and the international duty to co-operate especially the duty to inform.

But the Chernobyl accident is not the only important recent event which has a bearing on transboundary pollution of the atmosphere and which will influence this provisional report. We have the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer of 22 March 1985; the Munich Multilateral Conference on the Causes and Prevention of Damage to Forests and Water by Air Pollution in Europe of 24-27 June 1984; the Protocol adopted by nineteen States in Helsinki on the reduction of sulphur emissions or their transboundary flux of 8 July 1985; and the Joint Report of the Special Envoys of the United States and Canada on Acid Rains, of January 1986.

The deadly gas leak at a pesticide plant in Bhopal (India) on 3 December 1984 must also be taken into account in the drafting or construction of a specific article on the situation of developing States.

In the drafting of the articles the Rapporteur felt that some of these events should be taken up even if apparently contradicting the opinion of the members of the Commission. *Apparently contradicting*, since in those cases the events occurred after the answers were written or a convention was signed. *Seidl-Hohenveldern*, for example, is in favour of "omitting nuclear pollution

from our terms of reference", yet after the Chernobyl nuclear disaster the picture has changed considerably. *Henkin* is of the opinion that "we do not yet know enough about nuclear winter or damage to the ozone layer to deal with them in specific articles"; *Sette-Camara* thinks along the same lines: "The damage to the ozone layer is still the subject of scientific studies. I think the Resolution should not deal with them (ozone layer and nuclear winter)". The adoption of the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, of 22 March 1985, justifies the inclusion of the basic article of that convention.

In his *Preliminary Exposé* the Rapporteur touched upon an extremely complex problem, namely *long-distance* air pollution in which it is almost impossible to distinguish the contribution of a given polluter State. *Sette-Camara* thinks "that this possibility should not be considered. If it is impossible to identify the State responsible for the pollution, there is no way to deal with any concrete case under international law". As a consequence, it was considered preferable to shy away from this issue.

Following the precedent set by the previous 15th Commission, it was thought advisable to avoid discussions on the principles or concepts which have been proposed in order to assert, establish or deny the admissibility under international law of a given instance of transfrontier pollution.

In many cases the ideas which have been suggested do not exclude other theories, often they complete some of them and, sometimes, they merely repeat in other words certain concepts.

The members of the Commission unanimously agreed that the 1979 Resolution of the Institute on "The Pollution of Rivers and Lakes and International Law" should serve as a model, subject to the necessary adaptations resulting from differences between the two types of pollutions and also from certain doctrinal trends observed during these last few years.

As already mentioned, only four members of the Commission answered the *questionnaire*, but two other members, in letters acknowledging receipt of the *Preliminary Exposé*, endorsed the Rapporteur's approach: «Je rejoins entièrement votre point de vue sur l'opportunité de tenir compte des décisions d'Athènes» (*Francis Wolf*) and "it is my opinion too that the Commission

should take into account what was decided in Athens regarding the pollution of rivers and lakes (*Walter Rudolf*).

The members of the Commission in their answers also endorsed the idea emphatically : *Henkin* insists on this point and so does *Salmon* : « Il y a sans doute des différences entre ces deux types de pollution. La pollution des fleuves est plus aisément perceptible géographiquement. Le fleuve étant à la fois l'objet et le véhicule, la pollution se circonscrit au fleuve lui-même puis à la mer qui le reçoit (pollution maritime d'origine tellurique). La pollution de l'atmosphère est spatialement beaucoup plus diffuse. Elle peut atteindre n'importe quel point du globe et elle rejoint les limites de l'espace extra-atmosphérique (la couche d'ozone). De ce fait, la distinction entre la pollution exerçant des effets dommageables dans une zone non soumise à la juridiction d'un autre Etat ne me paraît pas pouvoir être exagérée. De ce point de vue, c'est l'analogie avec la pollution de l'environnement marin qui doit à mon sens retenir notre attention, plutôt que celle des fleuves et des lacs ».

Sette-Camara also adds that "it would be unfortunate for the Institute to adopt recommendations contradicting each other". *Seidl-Hohenveldern* also feels that "there are pragmatical and policy reasons for doing so".

Therefore, the *Projet de Résolution* will follow as far as possible the order which we find in the 1979 Resolution, especially since in Athens and previously the place of the various articles was fully discussed.

Even though in certain instances the drafting of a provision is identical or similar to that of the 1979 Resolution, the legal implications might differ. In some of the articles the temptation to develop the rules adopted eight years previously, taking into account the rapid evolution of international law in the field of pollution, had to be resisted. To put it differently, even when the draft Resolution repeats *mutatis mutandis* an article of 1979, it must be understood *cum grano salis*.

The draft Resolution on transfrontier air pollution contains four new articles which we do not find in the 1979 Resolution, namely article 6 (ultra-hazardous activities), article 9 (emergency situations), article 10 (protection of the ozone layer) and article 11 (radio-active pollution).

The context of articles 6 and 9 are to be found in the Athens Resolution not as specific articles but as parts of more extensive ones. The article on the ozone layer is based on the 1985 Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, while that on radio-active pollution can be linked to various international conventions but is more *de lege ferenda*.

In order to avoid confusion with articles of the 1979 Resolution on the pollution of waters and lakes, Arabic numerals are used in the present draft instead of the Roman numeral, which we find in the Athens Resolution.

"Draft Resolution on air pollution across national frontiers

The Institute of International Law,

Recalling its Resolution of Athens in 1979 ;

Deeply concerned by the effects of air pollution of the environment and on human health, by the death of forests, the disappearance of many forms of life in lakes and the drop in agricultural production ;

Considering that pollution spread through the atmosphere to the territories of more than one State is assuming increasingly alarming and diversified proportions whilst protection and improvement of the environment are duties incumbent upon States ;

Recalling the obligation to respect the sovereignty of every State over its territory, as a result of which each State has the obligation to avoid any use of its own territory that causes injury in the territory of another State ;

Convinced that all States should solemnly agree to halt every kind of nuclear explosion and place their nuclear power plants under international safeguards ;

Bearing in mind the need to protect those regions which are the common heritage of mankind ;

Preoccupied with the irreparable damage to buildings and monuments, many of which are part of the world cultural and natural heritage,

Hereby adopts the following Articles on air pollution across national frontiers : "

In the drafting of the preamble the Rapporteur received valuable suggestions from the members of the Commission who dealt with the formulation of its clauses. In question 8, the possibility of mentioning three issues in the preamble was raised, namely " nuclear winter ", damage to the ozone layer and acid rain. On this point the answers of the members differed. Some ideas were put

forward and they are therefore mentioned in the draft preamble, in order to see how the Commission as a whole reacts to the reference to these problems which have to be taken up in the future, such as the common heritage of mankind proposed by *Salmon*, *Seidl-Hohenveldern* and *Henkin*.

As in all the articles, the Athens Resolution served as the model, the Madrid (1911) and Salzburg (1961) Resolutions were substituted by a reference to it. In spite of the importance of the two previous Resolutions, that of Athens must take pride of place.

Paragraph 2 was dropped. *Henkin* writes that "reference in the Athens Resolution (preamble) to a "common interest in a rational and equitable utilization" of natural resources and "a reasonable balance between the various interests" may have to be modified. Also, air pollution is ordinarily the result of a state's use of its territory that is permissible under international law and its "use" of the air in such activities may not be wholly analogous to an industrial use by one state of an international river, e.g. by dumping".

Paragraphs 3 and 4 were maintained : « au préambule, il faudrait conserver les 3^e et 4^e alinéas » (*Salmon*).

Salmon reminds us that « le principe indiqué au 4^e alinéa du préambule ne provient pas, à mon souvenir, du principe 21 de Stockholm mais bien d'un principe plus général que l'on trouve dans l'arrêt de la C.I.J. dans l'affaire du *Détroit de Corfou* et la sentence arbitrale dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* ».

The other preambular clauses were included to take into account the recent Convention on the Ozone Layer and various conventions, protocols and resolutions adopted with regard to acid rain.

A specific reference to damage caused by pollution of the air to monuments that are part of the world cultural heritage seems necessary. Even though this issue was not taken up in Athens, the members of the Institute had the opportunity to witness the irreparable damage caused to the Acropolis, one of the most precious monuments inherited from the past.

The existence of many important international conventions and United Nations resolutions condemning nuclear explosion justifies a

reference thereto and the need to insist on this theme cannot be ignored.

Article 1

1. For the purposes of this Resolution, "pollution" means any physical, chemical or biological alteration in the composition or quality of the atmosphere which results directly or indirectly from human action and produces injurious or deleterious effects across national frontiers.

2. In specific cases, the existence of pollution, and characteristics thereof shall, to the extent possible, be determined by referring to environmental norms established through agreements or by the competent international organizations and commissions.

The initial part of paragraph 1 of Article 1 of the Athens Resolution is repeated in this article. The formulation of the final phrase had to be adapted and two other possibilities that might seem preferable to the members of the Commission were taken into account: "produces harmful consequences for the exposed country" or "produces injurious or deleterious effects in the exposed country".

Pollution from a legal point of view "results directly or indirectly from human action". The 1985 Convention for the Protection of the Ozone Layer also insists on this condition. *Henkin* notes that "though the proposed definition limits our subject to man-made pollution..., there may be an obligation on a state, alone or in cooperation with others, to consult, inform and warn even as to natural pollution, and perhaps to take practicable measures to prevent injury to others". The point is well taken and perhaps the Commission might wish to elaborate on the matter.

Paragraph 2 of the Athens Resolution is repeated *ipsis litteris*, while paragraph 3 was dropped in view of the reference made in the preamble.

Article 2

In the exercise of their sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and without prejudice to their contractual obligations, States shall be under a duty to ensure that their activities or those conducted within their jurisdiction or under their control cause no pollution in the atmosphere beyond their boundaries, or in the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

The members of the 20th Commission were of the opinion that Article II of the Athens Resolution should be accepted *mutatis mutandis*.

Draft Article 2 therefore repeats the aforementioned Article II, while making a substantial modification in the final part.

In his *Preliminary Exposé* the Rapporteur touched upon two problems. The first and simpler issue was to determine whether its terms of reference apply only to pollution the physical origin of which is wholly or in part situated within the territory of one State; or whether it should refer to the activities of States or those conducted "within their jurisdiction or under their control". By reproducing the formula of Article II of the Athens Resolution, the draft article favours the wider scope.

Air pollution across national frontiers does not only affect other States but may also have injurious or deleterious effects in regions that are not under the jurisdiction of a given State, such as the high seas, the outer space and the Antarctic region. *Salmon* is categorical in this respect; since in his opinion :

« ...les travaux de notre commission peuvent être envisagés au point de vue spatial, soit restrictivement (simplement la pollution affectant une zone soumise à la juridiction d'un autre Etat ou trans-frontière *stricto sensu*), soit largement (aussi la pollution affectant les zones non soumises à la juridiction d'un autre Etat).

C'est sans doute la position restrictive qui a été adoptée par la Convention de Genève du 13 novembre 1979. Je regretterais personnellement qu'on l'adopte car les effets dommageables de la pollution atmosphérique à longue distance ne changent pas de nature selon qu'ils affectent ou non une zone soumise à la juridiction étatique. »

After mentioning various international treaties, including the Convention on the Law of the Sea, he adds : « Toutes les règles sur les mesures à prendre pour faire cesser la pollution affectant ces régions devraient pouvoir être réaffirmées par l'Institut ».

Mr *Henkin* also thinks that "it might be desirable also to say something about injury to the commonage, at least the high seas; outer space and Antarctica could be left to others".

"We have to deal also", writes *Seidl-Hohenveldern*, "with pollution spreading from the territory of a State into the high sea and — more important still — into the stratosphere, *i.e. au-delà*, beyond the boundaries of the State concerned."

The definition which we find in Article 1 covers *grosso modo* these regions. Since Article II of the 1979 Resolution was based on principle 21 of the Stockholm Declaration of 1972, the reference to "areas beyond the limits of national jurisdiction" is re-introduced in draft Article 2, in order to reinforce the position advocated above by the three members of the Commission.

However, the question of international responsibility cannot be ignored since these regions « n'ont pas, au stade actuel du droit international, d'organes pour faire assurer le respect des obligations qui les concernent ». In the opinion of *Salmon*, author of this statement, « cette caractéristique ne rend que plus nécessaire la réaffirmation que ces régions doivent aussi être protégées ».

Seidl-Hohenveldern, referring to Article III of the Athens Resolution, says that "for policy reasons, it would be impossible to fall back behind our statements approved in 1979. For this reason, I would not like to re-open the fight to insert the word 'substantial' before 'pollution' in Art. 2".

The Members of the previous 15th Commission studied the issue inconclusively. The opinion which finally prevailed was that of its Rapporteur, *Salmon*: « Dans ces conditions, il est peu souhaitable d'ajouter le mot 'sensible', qui donnerait l'impression que l'Institut se démarque d'un *consensus* généralisé » (*Annuaire*, vol. 58, part I, p. 340).

Article 3

1. For the purpose of fulfilling their obligation under Article 2, States shall take, and adapt to the circumstances, all measures required to:

(a) prevent any new form of pollution or any increase in the existing degree of pollution; and

(b) abate existing pollution within the best possible time limits.

2. Such measures shall be particularly strict in the case of activities which pose a danger to highly exposed areas or environments.

Article 3 of the draft Resolution reproduces *ipsis litteris* Article III of the Athens Resolution.

In the *travaux préparatoires* of the previous 15th Commission, the debate centered around the *chapeau* of the article, since in the first draft Resolution the Rapporteur had used two very contro-

versial expressions, namely « diligence raisonnable » and « niveau tolérable », which were dropped at a later stage.

It should be pointed out that the international community is conscious of the importance of this article and that important steps have been taken to abate existing air pollution.

The Multilateral Conference on the Causes and Prevention of Damage to Forests and Water by Air Pollution in Europe, held in Munich from 24 to 27 June 1984, requested the Executive Body for the Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution to adopt a proposal for a specific agreement on the reduction of annual sulphur emissions as soon as possible. On July 1985 the Executive Body adopted a Protocol to the Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution on the reduction of sulphur emissions or their transboundary fluxes by at least 30 per cent, which was signed in Helsinki by 21 countries.

The United States did not sign the Protocol arguing that as from 1973 it was reducing emissions and could not comply with the 30 per cent target. The United Kingdom adopted a similar attitude since it considered the reference to 1980 levels as the basis for calculations of reductions as "arbitrary" and because it had already cut emissions by 40 per cent since 1970.

Under the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (22 March 1985), the Parties shall take measures to "adopt appropriate legislative or administrative measures and co-operate in harmonizing appropriate policies to control, limit, reduce or prevent" activities likely to have adverse effects on the ozone layer (Art. 2, § 2b). The provision is *soft law* but a draft Protocol on chlorofluorocarbons is expected to be signed, under which the Parties will adopt positive steps to control or to prohibit all uses of CFCs (aerosols) by a given date. Two different and conflicting versions were submitted in Vienna during the Conference when the necessary consensus was not reached. However, consensus was reached on the preamble, where the desirability of reducing the total global emissions of chlorofluorocarbons is recognized.

The reference to ultra-hazardous activities which we find in Article III of the Athens Resolution has been deleted in the present article, since the subject is taken up in Article 6.

Article 4

In order to comply with the obligations set forth in Articles 2 and 3, States shall in particular use the following means :

(a) at national level, enactment of all necessary laws and regulations and adoption of efficient and adequate administrative measures and judicial procedures for the enforcement of such laws and regulations ;

(b) at international level, co-operation in good faith with the other States concerned.

Article 4 also repeats *ipsis litteris* Article IV of the 1979 Resolution and, therefore, in order to understand its purpose, we must revert to the *travaux préparatoires* of the 15th Commission.

In Athens *Seidl-Hohenveldern* suggested that in sub-paragraph (a) the word "non-discriminatory" should be added. The Rapporteur pointed out that Article VI, sub-paragraph (i), covered the question raised.

The idea embodied in Article 4 is to be found in the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (Art. 2 b).

Article 5

States shall incur international liability under international law for any breach of their international obligations with respect to pollution of the atmosphere.

Responsibility or liability permeates every issue raised in the present Resolution. In effect, responsibility takes on different nuances according to the situation to be solved by international law.

Salmon in his *Exposé Préliminaire* raised four issues, namely responsibility due to the non-implementation of a treaty obligation ; responsibility due to violation of general international law ; responsibility arising out of acts not prohibited by international law ; and responsibility for pollution caused by individuals (*Annuaire*, vol. 58, paragraphe I - Session of Athens 1979, p. 228 *et seq.*).

These four aspects of international responsibility were examined in terms of air pollution and normally would not be taken up again. However, further clarifications are called for. Obviously, the violation of a contractual obligation brings in its wake the corresponding responsibility. Yet, in the field of pollution the tendency of some States is to agree on the provisions of treaties and at the

same time to include escape clauses or simply to draft them in such a way as to water them down. In the drafting of treaties or in meetings discussing environmental matters recourse to *soft law* is more and more frequent.

The *Preliminary Exposé* mentioned the 1979 ECE Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution in which very positive and precise rules were simply annulled by its sole footnote: "The present Convention does not contain a rule on State liability as to damage".

The Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, undoubtedly an important treaty in defence of the environment, has all the characteristics of *soft law*. Article 2, which states the general obligations, contains the following escape clauses: "shall take appropriate measures", "in accordance with the means at their disposal and their capability" and "the application of this article shall be based on relevant scientific and technical considerations". All these clauses imply a certain degree of subjectivity, which in the long-run give the polluter State *carte blanche*.

Wilfred Jenks in the study of ultra-hazardous activities teaches that "failure to comply with safety requirements prescribed by international arrangements is in itself a fault and, if failure is or its potential consequences may be grave, a grave fault. Such a fault is clearly a ground for civil liability" (Wilfred Jenks, "Liability for ultra-hazardous activities", *Recueil des Cours*, vol. 117, 1966-I, p. 181).

This conclusion appears logical, yet in practice it can lead to a discriminatory treatment between States. As a matter of fact, States that accept the International Atomic Energy Agency's safeguards, thus proving their intention to fulfil the basic objectives of its Statute, automatically accept obligations which entail responsibility, while the so-called nuclear-weapon States refuse to accept any obligation in this and other respects, invoking the 1968 "Non-Proliferation Treaty".

In spite of the clamour raised by world public opinion and endorsed by doctrine, some governments continue to argue that science has not as yet proved satisfactorily that acid rain is causing wide-spread damage in Europe and North America to forests, soils

and water, to historic monuments and even to human health, although the evidence is flagrant.

The same occurs with the damage caused to the ozone layer by chlorofluorocarbons, with the consequential change in the amount of solar ultra-violet radiation having biological effects. On 22 January 1985, Richard Elliot Benedick, during the meeting of the UNEP Working Group on Ozone Convention and CFC Protocol, said: "We must soberly ask ourselves: what are the consequences of delay if we insist on 100 per cent certainty and fail to take action now?".

In the opinion of the representative of the United States, "this means that the margin of error between complacency and catastrophe is too small for comfort".

Yet, in the case of acid rain this argument is contested precisely by the United States, as well as by the United Kingdom, who are the principal polluters.

The question involved in the second issue of the *Salmon* exposé is the recognition or non-recognition of a specific rule of general international law on pollution. In the 1911 Madrid Session of the Institute, a large majority recognized the non-existence of such rules in the case of the utilization of international waters. The problem was then almost inexistent; since that time the situation has developed considerably and one can no longer close one's eyes to the evidence. Your Rapporteur continues to affirm that at this stage the assumption that general international law does not impose restrictions cannot be admitted. On the contrary, the trend among writers, with the support of the 1979 Resolution, is that general international law does not permit the infliction of any environmental harm or injury on another State.

The third issue raised by *Salmon* — responsibility arising out of acts not prohibited by international law — will not be elaborated upon. The International Law Commission, after the premature death of Quentin-Baxter, who submitted five reports between 1979 and 1984, appointed Julio Barboza as his successor. Barboza submitted his first report in 1985, but because of the extreme complexity of the subject the possibility of a convention in the near future can easily be discarded.

Probably general international law will prohibit pollution with

the consequential responsibility before the Commission completes its task. In such a case, the rules which may be adopted shall not apply to pollution such as defined in the present Report; a State which pollutes will incur its responsibility for any act prohibited by international law.

State responsibility for acts of individuals is satisfactorily covered by the 1979 Resolution in various articles and, as pointed out in the *Preliminary Exposé* was therefore repeated in the draft Resolution.

In their answers to the *questionnaire* all the members were in favour of adopting an article on responsibility. *Henkin* added that it "would be more meaningful, and helpful, if the Resolution restated the general principles of responsibility as they would be applied to pollution, and to air pollution in particular".

Sette-Camara and *Seidl-Hohenveldern* both mentioned the convenience of taking up the questions of ultra-hazardous activities and "strict liability". Since a special article on ultra-hazardous activities is proposed, the Rapporteur feels that he would be treading on firmer ground if the Resolution on transfrontier air pollution was abided by the 1979 Resolution on the pollution of rivers and lakes.

In Athens, some members of the Institute (*McWhinney*, *Mme Bindschedler* and *Virally*) were against the adoption of the article. *Salmon*, while understanding the arguments for suppression, « regretterait cependant que l'on adopte cette solution car on aurait l'impression que l'Institut a fui devant ses responsabilités » (*Annuaire*, vol. 58, part II, p. 146). After the article was adopted, the Secretary-General, Paul De Visscher, « rappelle qu'il n'est pas dans les traditions de l'Institut d'ajouter après l'énoncé des obligations des Etats, une référence à la responsabilité de ceux-ci pour violation de celles-là. » (*op. cit.*, *ibidem*).

The fact that an article on responsibility was contained in the 1979 Resolution and that the Resolution on transfrontier air pollution is based on the latter could permit an interpretation *a contrario* if no corresponding article were adopted. The same argument *a contrario* could also apply if in 1987 the Institute adopted in 1987 an article distinct from that of 1979; hence, it is advisable to repeat the "formulation classique", to use the words of *Salmon*. Any

attempt at an improvement might be interpreted disfavouredly *vis-à-vis* the previous text.

Article 6

In order to fulfil their obligations under this Resolution, States shall take strict measures to prevent or abate pollution of the air due to ultra-hazardous activities. They shall enact all necessary laws and regulations or conclude international conventions, providing in particular for an objective liability system and compensation funds with regard to pollution of the air brought about by ultra-hazardous activities.

The members of the 20th Commission were asked if the Resolution to be adopted should dedicate a special article to ultra-hazardous activities, or adopt the 1979 approach, *viz.* to include references to ultra-hazardous activities in the pertinent articles.

To *Henkin* "it seems useful to give fuller treatment (and a special article) to the problem of ultra-hazardous activities, with special attention to nuclear power". *Sette-Camara* also believes "that a special article should be dedicated to ultra-hazardous activities".

The only negative reply was that of *Seidl-Hohenveldern*, since "the most frequent air pollution, acid rain, does not result from activities deemed ultra-hazardous". Yet, with respect to responsibility, he feels that the Resolution should go beyond Article V of the 1979 Resolution :

"We could deal *e.g.* with the following problem: can ultra-hazardous activities be distinguished from other activities? Should there be an obligation in such cases for a State to pay compensation even for damages resulting from licit acts or, at least, to provide in its domestic law that under such circumstances the polluter should compensate even foreign victims of such licit acts? Lammers, p. 641, believes that Article III, para. 2, of the 1979 Resolution rejects such 'strict liability'. However, 'strict liability' appears at least desirable *de conventione ferenda* pursuant to Art. VI *lit. (b)*. Personally I believe that this problem is better solved by extending, on the one hand, the definition of illicit pollution and, on the other hand, by reversing the burden of proof, *i.e.* in case of damage resulting from an ultra-hazardous activity the polluter should have to prove that he was not at fault. I also would deem it desirable that a State subsidiarily should be held responsible for damages resulting from such

an activity exercised within its territory, however only up to a ceiling sum."

A similar question was posed in 1977 and the answers of the 15th Commission did not give a clear guidance to the Rapporteur. *McWhinney* was one of the few who responded in a categorical fashion :

"Absolute liability should exist in the case of 'ultra-hazardous activities' which might be allowed to be worked out and defined on an experimental, case-by-case basis, according to evolving world community expectations. Without attempting to be exhaustive and by way of illustration only, the category of ultra-hazardous activities today, for which absolute liability would apply, could include the use of nuclear generation plants and nuclear reactors on or near rivers and lakes; the storage of chemical or bacteriological weapons on or near rivers and lakes, the transportation by river or lake of nuclear wastes and other noxious materials" (*Annuaire*, vol. 58, 1979, part I, p. 303).

The Rapporteur thinks that this is the correct approach to the problem and does not contradict *Henkin*, who feels that "the concept of ultra-hazardous activity might have to be redefined in the light of new technological developments and new scientific knowledge, keeping in mind the reason for the law's special treatment of such activity". In fact, jurists should avoid entering into details in this kind of question and avoid the danger of formulating definitions, or to use Mr *McWhinney's* suggestion: that the concept should be worked out on an experimental basis. It should also be borne in mind that an activity considered today as ultra-hazardous may lose this characteristic, and vice-versa a non-hazardous activity may become hazardous.

The Commission must decide how it wishes to proceed in this matter, knowing that the final decision will rest with the Institute as a whole. Yet, after the Chernobyl disaster, which occurred after the members had given their answers, the picture changed considerably.

The scruples of your Rapporteur regarding the reformulation of the article on responsibility in the case of ultra-hazardous activities and other situations can justify the inclusion of a special article on ultra-hazardous activities, especially of air pollution due to radioactive fall-out. As a matter of fact, *Henkin* seems to have foreseen the importance of this issue.

The crux of the problem is how to formulate an article which does not depart from the philosophy of the Athens Resolution. To begin with, ultra-hazardous activities are mentioned expressly in Articles III and IV and implicitly in Article VII.

The proposed article is based primarily on Articles III and VI of the 1979 Resolution. Instead of referring only to Article 2, as the previous resolution does, the article takes into account the whole resolution, specially Article 8 which corresponds to Article VII of Athens.

It can be argued that the principal ideas embodied in the article do not innovate since they are to be found in the aforementioned articles of the Athens Resolution. However, in those articles the rules on ultra-hazardous activities were mere paragraphs or sub-paragraphs, whilst in the proposed article the idea stands out, and acquires a new dimension.

Be that as it may, should the 20th Commission think otherwise, the structure of the 1979 Resolution can be re-introduced, i.e. the idea of a special article on ultra-hazardous activities can be dropped.

Article 7

With a view to ensuring an effective system of prevention and of compensation for victims of transboundary pollution, States should conclude international conventions concerning in particular:

(a) the jurisdiction of courts, the applicable law and the enforcement of judgments;

(b) the procedure for special arrangements providing in particular for objective liability systems and compensation funds with regard to pollution brought about by ultra-hazardous activities;

(c) establish by common agreement environmental norms, in particular quality norms for the whole or part of the airshed.

Article 7 repeats the two first sub-paragraphs of Article VI of the Athens Resolution and therefore needs no further elaboration.

Sub-paragraph (c) corresponds to sub-paragraph 1 (f) of that resolution and was moved up following a suggestion made by *Seidl-Hohenveldern* "as uniform standards appear essential in preventing and abating air pollution". Due to this modification, the expression "airshed", which applies to article 8, appears for the first time. The convenience or inconvenience of using this expression

will be taken up in Article 8. Suffice it to state at this stage that it has the inconvenience of limiting the scope of the article.

In the draft Resolution annexed to Salmon's *Rapport Définitif*, the treatment of developing countries was also included in this article, but during the Athens Session of the Institute it was decided that the subject should be included in a special article.

Article 8

1. In carrying out their duty to co-operate, States bordering the same airshed shall, as far as practicable, especially through agreements, resort to the following ways of co-operation :

(a) inform the States concerned regularly of all appropriate data on the pollution of the airshed, its causes, its nature, the damage resulting from it and the preventive procedures ;

(b) notify the States concerned in due time of any activities envisaged in their own territories which may cause a significant threat of transboundary pollution ;

(c) consult with each other on actual or potential problems of transboundary pollution of the airshed so as to reach, by methods of their own choice, a solution consistent with the interests of the States concerned and with the protection of the environment ;

(d) co-ordinate or pool their scientific and technical research programmes to combat pollution of the airshed ;

(e) set up international commissions with the largest terms of reference for the entire airshed, providing for the participation of local authorities if this proves useful, or strengthen the powers or co-ordination of existing institutions ;

(f) establish harmonized, co-ordinated or unified networks for permanent observation and pollution control ;

(g) develop safeguards for individuals who may be affected by polluting activities, both at the stages of prevention and compensation, by granting on a non-discriminatory basis the greatest access to judicial and administrative procedures in States in which such activities originate, and by setting up compensation funds for ecological damage the origin of which cannot be clearly determined or which is of exceptional magnitude.

The members of the Commission favour an article on the lines of Article VII of the Athens Resolution, which deals with co-operation of "States bordering the same hydrographic basin". *Sette-Camara* suggests that the article "should be recast... but its principles

should be preserved and adapted to the needs of prevention and abatement of transfrontier air pollution". Mr *Salmon* agrees with the same idea : « à adapter ».

The problem which has to be faced is that the Athens Resolution deals with the co-operation of States bordering the same hydrographic basin and in the case of transfrontier air pollution no similar geographical phenomenon exists : *Henkin* remembers that " we may wish to consider the notion of an *air basin* " or to speak of near-by *states* ".

Irene van Lier (*Acid Rain and Air Pollution*, Toronto, 1981, p. 113), referring to cases and rules applicable to the law of fresh water, writes : " They reveal the existence of a general principle of solidarity or equitable sharing. The question arises whether this principle is limited in application to the law on fresh water or whether it applies as well to the law regarding *airsheds* ".

This idea is endorsed by the OECD in a document of 1972 quoted by van Lier and a more recent one of 27 October 1978 in which it is said : " The solution of this problem of multinational pollution needs to be found by actions undertaken at the national level and integrated internationally in a co-ordinated way so as to achieve the most *efficient and equitable use* of the shared environmental resources constituted by the European *airshed* ".

Since this expression has received the endorsement of the OECD, we feel that it can be submitted as an option.

The drafting of this article follows the wording of Article VII of the Athens Resolution, *i.e.* it envisages a given region, near-by States or neighbouring States, yet the Rapporteur considers that by merely adapting this article to the corresponding article of 1979, by limiting the scope of the article to airsheds, it ignores the fact that in transfrontier air pollution the identification of the polluter State, with the corresponding responsibility, is far more complex than in the case of a hydrographic basin.

The damage to the ozone layer is not caused by substantial pollution of one State, it is not caused by a single State but by the whole international community. As concerns acid rain, the culprit can be identified in some cases but not in all, as in the case of long-range pollution.

Two sub-paragraphs of the Athens Resolution have been included in other articles.

Sub-paragraph 1 (f) of the Athens Resolution has been moved up to Article 7 following the suggestion of *Seidl-Hohenveldern*.

Sub-paragraph 1 (c), which deals with emergency situations, has become Article 9, owing to the importance given to this question after the Chernobyl nuclear accident.

However, should the Commission decide otherwise, these two sub-paragraphs, or only one, can be re-introduced into Article 8.

Article 9

In the case of a sudden increase in the level of air pollution capable of causing substantial harm in another State, the State of origin is under a duty

(a) to promptly warn the affected or potentially affected State ;

(b) to take all appropriate steps to reduce the effects of any such increase.

The 1979 Resolution includes among the duties to co-operate the duty to "promptly inform States that might be affected by a sudden increase in the level of transboundary pollution in the basin and take all appropriate steps to reduce the effects of any such increase" (Article VII, c).

This was the main legal issue involved in the Chernobyl nuclear disaster, viz. : are States obliged, in the case of serious atmospheric pollution or more precisely of nuclear fall-out, to promptly warn all States which might be affected ?

The first reaction was of a negative character. According to press reports, members of the International Atomic Energy Agency declared that the Soviet Union was under no obligation to give information on nuclear accidents that occurred in its territory. Our confrère Sir *Ian Sinclair*, according to the same source, endorsed this position since — in his opinion — the duty of a State in such cases is moral, even though it is becoming legally binding.

However, public opinion in Western Europe, threatened by nuclear fall-outs, and in the United States reacted against this interpretation, so much so that the condemnation of the initial silence was taken up by government officials. From Bali, Secretary of State Shultz declared : "When an incident has cross-border impli-

cations, there's an obligation under international law to inform others and to do it promptly. We don't think they've provided what they should have" (*Time*, 12 May 1986).

Stanley Clinton Davies, of the European Economic Community, accused the Soviet Union of violating international law for not having given immediate information on the nuclear accident at the plant in Ukraine.

On 8 April 1982, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe adopted a recommendation urging the governments of Member States to enact the necessary legislation on "rapid information of the authorities in frontier regions in the event of a mishap that could have consequences on the other side of the frontier". In the preamble, the document stresses that "the concentration of industrial installations and nuclear power stations, particularly in frontier regions, creates areas likely to present grave risks for man and his environment"; it also points to the "special gravity of the consequences of an accident in a nuclear power station".

Up to the Chernobyl accident, the five major nuclear powers had adopted the policy of negating any obligation to give information on their nuclear activities.

The fact that the Secretary of State George Shultz had declared that "there's an obligation under international law to inform" and that the Soviet Union, after its initial refusal to do so, had agreed to act immediately in the future can be envisaged as an important step towards the creation of an *opinio juris* in respect of emergency situations caused by transfrontier pollution, specially fall-outs.

Article 10

1. States shall prohibit, prevent and refrain from carrying out any nuclear weapon test explosion, or any other nuclear explosion at any place under its jurisdiction or control if such an explosion causes radio-active debris to be present outside the territorial limits of the State under whose jurisdiction or control it is conducted.

2. States shall submit all nuclear reactors to international safeguards in order to assure that they do not serve any military purpose and that they comply with applicable health and safety standards.

The Rapporteur consulted the members of the Commission as to the advisability of including an article on nuclear pollution, in

particular pollution due to nuclear explosions and pollution resulting from activities of nuclear reactors.

Most of the answers were in the affirmative: "Surely nuclear pollution should be included" (*Sette-Camara*); "Yes, we would be remiss if we did not address nuclear pollution and environmental damage due to nuclear explosion and reactor pollution, perhaps as a special instance of ultra-hazardous activity" (*Henkin*); « La question des expériences nucléaires dans l'atmosphère devrait être traitée » (*Salmon*).

Only *Seidl-Hohenveldern* was against the idea since in his opinion the Commission should omit "nuclear pollution from (its) terms of reference".

The Rapporteur feels that the opinion of the majority should prevail and that the nuclear disaster in Chernobyl in April of this year cannot be ignored. *Seidl-Hohenveldern* argued in favour of his position that "air pollution resulting from peaceful uses of atomic energy appears to be adequately dealt with by the experts of the various international organizations concerned with atomic energy, who dispose of much better technical insights than the members of our Institute".

Yet, as will be explained, the IAEA will have to take steps as a result of the Chernobyl nuclear disaster and the opinion of jurists on the matter must carry weight.

Acid rain has been the main preoccupation of governments and lawyers when dealing with pollution of the atmosphere; yet it does not present to humanity the same danger as nuclear pollution. Even brushing aside the question of "nuclear winter", "which is only an apocalyptic vision of an unthinkable atomic war" (*Sette-Camara*), one cannot ignore the danger of nuclear explosions which have been repeatedly condemned by the General Assembly of the United Nations.

Paragraph 1 of Article 10 is based on Article 1 of the Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water (1963), from which, however, sub-paragraph 2 has been omitted. This sub-paragraph drafted in positive terms has in fact a negative aspect: by forbidding explosions "in the atmosphere, beyond its limits, including outer space or under water,

including territorial waters or high seas", it leaves open the possibility of underground explosions.

From the list of international treaties forbidding nuclear explosions one must mention the Antarctic Treaty (1959), under which that region "shall be used for peaceful purposes only" and "any nuclear explosion in Antarctica and the disposal there of radioactive waste material shall be prohibited" (Article V). Under the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and other Celestial Bodies (1967), the States Parties to the Treaty "undertake not to place in orbit around the Earth any objects carrying nuclear weapons or any other kind of weapons of mass destruction".

At a given moment, during the heydays of the Plowshare programme, the legality of nuclear explosions for peaceful uses could still be justified, and the Tlatelolco Treaty (1967) contains an article based on this fallacy.

Nowadays, every nuclear explosion is of a military nature and is aimed at indiscriminate mass destruction. The argument that "there are no general treaties prohibiting specifically the use of nuclear weapons, nor do we have any pronouncements by international tribunals as to the customary rules of international law on the subject (*Eric Stein, "Impact of New Weapons Technology on International Law* », *Recueil des Cours*, vol. 133, 1971-II, p. 291) is unacceptable. As was pointed out in the *Preliminary Exposé*, international law must take into account right and wrong (*est dictatum rectae rationis*).

In this sense, principle 26 of the Stockholm Declaration on the Human Environment still represents the feeling of the international community on this issue :

Man and his environment must be spared the effects of nuclear weapons and all other means of mass destruction. States must strive to reach prompt agreement, in the relevant international organs, on the elimination and complete destruction of such weapons.

In this matter, as in others taken up, the Institute must act *de lege ferenda*. The task of codifying *lex lata* is the task of another specialized body. As in the past, the Institute must take one step further : it must state what international law should be and not what some governments want it to be.

In 1979, in Athens, our confrère *Salmon* declared peremptorily that « si l'écoute attentive de la pratique des Etats est essentielle pour les juristes positivistes et réalistes, il ne faut pas nier telle ou telle règle de droit parce que, ici ou là, un obscur fonctionnaire ou ignorant ministre a déclaré que son pays n'était pas lié dans telle ou telle circonstance » (*Annuaire*, vol. 58, part II, p. 106). The Rapporteur need not state that he endorses this idea.

Following this line of thought, the Rapporteur consulted the members of the Commission as to the advisability of incorporating into the Resolution a proviso similar to Article 19 of the Draft on State responsibility as forwarded by the International Law Commission to the General Assembly, which would read as follows :

"2. States are under the obligation to safeguard and preserve the human environment ; the massive pollution of the atmosphere constitutes a serious international crime."

The Commission was evenly split on this issue, and those in favour as well as those against the adoption of this paragraph were quite definite in their views.

The question remains open and its settlement will depend on the answers of the majority of the Commission following this Provisional Report, either in favour or against the inclusion of the paragraph in Article 10, or perhaps in Article 5, which deals with responsibility.

Paragraph 2 of this article is taken from Article XII (Agency safeguards) of the Statute of the International Atomic Energy Agency, with the difference that the aforementioned article is of an optional nature. In practice the norms on safeguards which we find in the Statute have been amended by the Non-Proliferation Treaty (NPT) of 1968, but only *vis-à-vis* those States that ratified or acceded to it. The obligation of States Parties to the NPT to accept the IAEA safeguards applies only to non-nuclear weapon States, which means that nuclear weapon States, defined as those States which manufactured and exploded a nuclear weapon or other nuclear explosive device prior to 1 January 1967, are under no such obligation. Brazil, Canada, the Federal Republic of Germany, India, Rumania, Spain and Sweden made special objections concerning the discriminatory nature of this rule.

After the Chernobyl nuclear disaster the Board of Governors of the IAEA held an emergency session and it can be reasonably foreseen that its deliberations will follow the pattern of the Intergovernmental Maritime Consultative Organization — IMCO — after the "Torrey Canyon" disaster, which happened on 18 March 1967.

The International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil was signed in 1954 and was amended in 1962, that is five years before the "Torrey Canyon" disaster. As soon as the disaster occurred, an emergency session of the IMCO Council was held, during which an eighteen-point programme of work was approved. Its aim was to ensure: greater safety for the ship and its navigation, thereby minimizing the possibility of accidents leading to widespread pollution; the sweeping-up of the polluted areas if pollution occurred; a legal right for the coastal State threatened with pollution to take action outside its territorial sea; the apportionment of the liability incurred; and means of compensation for the injured parties. As a result of its work, two conventions were signed in Brussels in November 1969, a Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage and a Convention relating to Intervention on the High Sea in Cases of Oil Pollution Casualties. In 1971 another conference was held in Brussels, during which an International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage was adopted, since, according to its preamble, the regime of the 1969 Convention on Civil Liability did not afford full compensation for victims of oil pollution damage in all cases while it imposed an additional financial burden on shipowners.

The developments observed in the IMCO from the "Torrey Canyon" disaster till the creation of a compensation fund may serve as an example for the International Atomic Energy Agency, and it is worthwhile emphasizing the creation of the compensation fund, an idea which was taken up by the 1979 Athens Resolution.

Article 11

States shall take appropriate measures in accordance with international custom or treaties to which they are Parties in order to protect the human health and the environment against adverse effects resulting or likely to result from human activities which modify or are likely to modify the ozone layer.

As was mentioned previously, *Henkin* and *Sette-Camara* are of the opinion that questions relating to damage to the ozone layer should not be dealt with in the Resolution since it is still the subject of scientific studies. *Seidl-Hohenveldern* on the contrary feels that the Commission should study the ozone layer problem. He adds : " I am, of course, aware of the fact that natural science is still not quite sure whether spray propellants are indeed as dangerous to the ozone layer as some scientists believe. However, if these pessimists are right, dangers resulting from these propellants are so great that we should deal with them in a contingent fashion ". Mr *Salmon* also agrees that the matter should be covered by the Resolution : « Le point de savoir si elles (i.e., the three outstanding issues) doivent faire l'objet d'articles spécifiques dépend de choix relatifs à la structure de la résolution qu'il est sans doute difficile d'effectuer à ce stade. Ce qui est en revanche essentiel, c'est de décider de couvrir ces trois questions de manière appropriée dans les divers articles de la résolution ».

The adoption in Vienna, in March 1985, of a specific universal Convention for the Protection of the Ozone Layer seems to justify the inclusion of a specific article in the Resolution. It should also be pointed out that many of the articles of the Resolution equally apply to the ozone layer and in some cases are quite similar to provisions to be found in the 1985 Convention.

In the preamble of the Convention on the ozone layer it is stated that the Parties are "aware also of the need for further research and systematic observations to further develop scientific knowledge of the ozone layer and possible adverse effects resulting from its modification".

The first preambular clause is : "aware of the potentially harmful impact on human health and the environment through modification of the ozone layer". Perhaps in the long run the caveats of the scientists may turn out to be exaggerated ; on the other hand, if the international community continues to side-track the issue and the caveats are correct, the results may be catastrophic and irreparable.

Article 12

1. In the implementation of the recommendations referred to in

this Resolution, States shall take into account the circumstances and particular requirements of developing countries.

2. States, directly or through competent international organizations, shall promote programmes of scientific, educational, technical and other assistance to developing States for the protection and preservation of the environment and the prevention, reduction and control of pollution of the atmosphere.

This proposed Article 12 departs from the terminology which we find in Article VIII of the Athens Resolution, but the idea behind it is the same.

The need to take into account the situation of developing countries was duly recognized by the Stockholm Declaration on the Human Environment and has been echoed since then. The Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer (1985) is of particular importance since we find this special reference to developing countries in an international convention of a universal character aimed at the protection of the human environment.

However, in the approach to this problem, lawyers must examine the implications of a rule in a soberly fashion and avoid over-enthusiastic solutions. To begin with, it should be remembered that one of the arguments presented in Stockholm in 1972 and which prevailed in the drafting of the Declaration was that 90 per cent of the pollution of the human environment was caused by industrialized States; and therefore the main responsibility lies with them. Thus, the developing countries could contribute very little to the fight against pollution. During the Vienna Conference on the Ozone Layer it was pointed out that the production and use of chlorofluorocarbons in developing countries was minimal and that guidelines designed to reduce the use of CFCs should be aimed precisely at the main polluters.

Most developing countries are quite conscious of the necessity of defending the environment and that, as far as they are concerned, pollution is perhaps a more serious threat than it is to developed countries, since their know-how in preventing pollution is less sophisticated. In the long run the lack of prevention today may demand a heavy price in the future.

In studying this problem one must keep in mind the tragedy which occurred in Bhopal in December 1984, probably the worst

industrial disaster in the history of the world. The lack of stringent safety norms, plus the lower salaries paid, represent an incentive to many multinational corporations.

Another fallacy that circulates in developed countries is that goods produced in developing countries do not meet the high standards required in developed countries. In general, the standards are identical, as is the case with automobiles: no country will permit the import of cars that do not satisfy local safety standards. As to other goods, they are quite often of better quality since they are manufactured in modern factories. In most cases, the aim of developed countries is to protect their industries, even knowing that by so doing they are protecting obsolete machinery.

At all events, paragraph 1 of the proposed article combines the wording of the preamble of the Convention on the Ozone Layer with that of Article VIII of the Athens Resolution. Paragraph 2 is based on Article 202 of the UN Law of the Sea Convention (1982).

Should the Commission feel it advisable not to depart from Article VIII of the 1979 Resolution, Article 12 would read as follows:

"In order to assist developing States in the fulfilment of the obligations and in the implementation of the recommendations referred to in this Resolution, it is desirable that developed States and competent international organizations provide such States with technical assistance or any other assistance as may be appropriate in this field."

Article 13

This Resolution is without prejudice to the obligations which fundamental human rights impose upon States with regard to pollution occurring in their own territories.

Article 13 repeats, *mutatis mutandis*, Article IX of the Athens Resolution.

This issue was raised only indirectly in the *questionnaire*, where the members of the Commission were asked which articles of the Athens Resolution should be taken over.

Two members of the Commission mentioned specifically Article IX of the Athens Resolution among those which should be retained subject to the necessary adaptation.

The issue was carefully studied previously by the 15th Commission but the majority of its members did not seem to favour linking the question of pollution with that of human rights (*Annuaire*, vol. 58, part I). In consequence, the draft Resolution submitted to the plenary meeting of the Institute in Athens contained no article in this respect. At a later stage, an article was suggested and accepted without any debate.

Personally, the Rapporteur agrees with the members of the previous Commission who felt that the issue is a *corpus alienum* (*Verzijl*), or who were "skeptical as to the utility of introducing any formulation of that kind in our Resolution" (*Sette-Camara*). The deletion of the article would not justify arguments *a contrario* as would occur if Article 5 (responsibility) were deleted. The final decision, however, rests with the members of the Commission, who are invited to give their opinion on the matter.

Rio de Janeiro, 12 July 1986.

Draft Resolution on air pollution across national frontiers

The Institute of International Law,

Recalling its resolution of Athens in 1979 ;

Deeply concerned by the effects of air pollution on the environment and on human health, by the death of forests, the disappearance of many forms of life in lakes and the drop in agricultural production ;

Considering that pollution spread through the atmosphere to the territories of more than one State is assuming increasingly alarming and diversified proportions whilst protection and improvement of the environment are duties incumbent upon States ;

Recalling the obligation to respect the sovereignty of every State over its territory, as a result of which each State has the obligation to avoid any use of its own territory that causes injury in the territory of another State ;

Convinced that all States should solemnly agree to halt every kind of nuclear explosion and place their nuclear power plants under international safeguards ;

Bearing in mind the need to protect those regions which are the common heritage of mankind ;

Preoccupied with the irreparable damage to buildings and monuments, many of which are part of the world cultural and natural inheritance,

Hereby adopts the following articles on air pollution across national frontiers :

Article 1

1. For the purposes of this Resolution, "pollution" means any physical, chemical or biological alteration in the composition or quality of the atmosphere which results directly or indirectly from human action and produces injurious or deleterious effects across national frontiers.

2. In specific cases, the existence of pollution and characteristics thereof shall, to the extent possible, be determined by referring to environmental norms established through agreements or by the competent international organizations and commissions.

Article 2

In the exercise of their sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and without prejudice to their contractual obligations, States shall be under a duty to ensure that their activities or those conducted within their jurisdiction or under their control cause no pollution in the atmosphere beyond their boundaries, or in the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

Article 3

1. For the purpose of fulfilling their obligation under Article 2, States shall take, and adapt to the circumstances, all measures required to :

(a) prevent any new form of pollution or any increase in the existing degree of pollution ; and

(b) abate existing pollution within the best possible time limits.

2. Such measures shall be particularly strict in the case of activities which pose a danger to highly exposed areas or environments.

Article 4

In order to comply with the obligations set forth in Articles 2 and 3, States shall in particular use the following means :

(a) at national level, enactment of all necessary laws and regulations and adoption of efficient and adequate administrative mea-

asures and judicial procedures for the enforcement of such laws and regulations ;

(b) at international level, co-operation in good faith with the other States concerned.

Article 5

States shall incur international liability under international law for any breach of their international obligations with respect to pollution of the atmosphere.

Article 6

In order to fulfil their obligations under this Resolution, States shall take strict measures to prevent or abate pollution of the air due to ultra-hazardous activities. They shall enact all necessary laws and regulations or conclude international conventions, providing in particular for an objective liability system and compensation funds with regard to pollution of the air brought about by ultra-hazardous activities.

Article 7

With a view to ensuring an effective system of prevention and of compensation for victims of transboundary pollution, States should conclude international conventions concerning in particular :

(a) the jurisdiction of courts, the applicable law and the enforcement of judgments ;

(b) the procedure for special arrangements providing in particular for objective liability systems and compensation funds with regard to pollution brought about by ultra-hazardous activities ;

(c) establish by common agreement environmental norms, in particular quality norms for the whole or part of the airshed.

Article 8

1. In carrying out their duty to co-operate, States bordering the same airshed shall, as far as practicable, especially through agreements, resort to the following ways of co-operation :

(a) inform the States concerned regularly of all appropriate

data on the pollution of the airshed, its causes, its nature, the damage resulting from it and the preventive procedures ;

(b) notify the States concerned in due time of any activities envisaged in their own territories which may cause a significant threat of transboundary pollution ;

(c) consult with each other on actual or potential problems of transboundary pollution of the airshed so as to reach, by methods of their own choice, a solution consistent with the interests of the States concerned and with the protection of the environment ;

(d) co-ordinate or pool their scientific and technical research programmes to combat pollution of the airshed ;

(e) set up international commissions with the largest terms of reference for the entire airshed, providing for the participation of local authorities if this proves useful, or strengthen the powers or co-ordination of existing institutions ;

(f) establish harmonized, co-ordinated or unified networks for permanent observation and pollution control ;

(g) develop safeguards for individuals who may be affected by polluting activities, both at the stages of prevention and compensation, by granting on a non-discriminatory basis the greatest access to judicial and administrative procedures in States in which such activities originate and by setting up compensation funds for ecological damage the origin of which cannot be clearly determined or which is of exceptional magnitude.

Article 9

In the case of a sudden increase in the level of air pollution capable of causing substantial harm in another State, the State of origin is under a duty

(a) to promptly warn the affected or potentially affected State ;

(b) to take all appropriate steps to reduce the effects of any such increase.

Article 10

1. States shall prohibit, prevent and refrain from carrying out any nuclear weapon test explosion, or any other nuclear explosion

at any place under its jurisdiction or control if such an explosion causes radio-active debris to be present outside the territorial limits of the State under whose jurisdiction or control it is conducted.

2. States shall submit all nuclear reactors to international safeguards in order to assure that they do not serve any military purpose and that they comply with applicable health and safety standards.

Article 11

States shall take appropriate measures in accordance with international custom or treaties to which they are Parties in order to protect the human health and the environment against adverse effects resulting or likely to result from human activities which modify or are likely to modify the ozone layer.

Article 12

1. In the implementation of the recommendations referred to in this Resolution, States shall take into account the circumstances and particular requirements of developing countries.

2. States, directly or through competent international organizations, shall promote programmes of scientific, educational, technical and other assistance to developing States for the protection and preservation of the environment and the prevention, reduction and control of pollution of the atmosphere.

Article 13

This Resolution is without prejudice to the obligations which fundamental human rights impose upon States with regard to pollution occurring in their own territories.

Rio de Janeiro, 12 July 1986.

Annex I

Air pollution across national frontiers

La pollution de l'air à travers les frontières nationales

(*Twentieth Commission*)

Preliminary *Exposé*

Geraldo E. do Nascimento e Silva

1. *Introductory remarks*

During the meeting held in Paris in February 1984, the Bureau of the Institute entrusted the newly constituted 20th Commission¹ with the task of studying « La pollution de l'air à travers les frontières nationales ».

This decision can be linked to the successful outcome of the 15th Commission which undertook the study of "The Pollution of Rivers and Lakes and International Law" and which under the very efficient inspiration of its Rapporteur, Professor Jean Salmon, had the satisfaction of seeing the results of its works accepted almost unanimously during the Athens Session of the Institute on 12 September 1979².

The first task of a Commission of the Institute is normally that of determining its terms of reference, yet in the present case the Commission must decide up to which point the Athens Resolution on the pollution of rivers and lakes in international law

¹ The 20th Commission is composed as follows : G.E. do Nascimento e Silva, *Rapporteur*, Lucius Cafilisch, Louis Henkin, Manfred Lachs, Walter Rudolf, Jean Salmon, Ignaz Seidl-Hohenveldern, José Sette-Camara and Francis Wolf.

² *Annuaire I.D.I.*, 1979, vol. 58, part II, p. 157.

should influence its deliberations. If it should decide to take the 1979 Resolution as its model, the Commission would have to avoid certain issues or principles which are alien to the subject matter, adopt others and decide which have consolidated with the passing of time, and conversely those which must be adapted. In other words, certain articles can be repeated *ipsis litteris* and others *mutatis mutandis*.

If, on the one hand, the previous work of the 15th Commission has cleared up many doubts which could be raised, the new 20th Commission must take heed of Professor Salmon's caveat:

« L'évolution très rapide du *corpus juris* international et des esprits de chacun dans le domaine de l'environnement rendent la tâche de l'Institut très délicate. Il lui appartient de s'insérer sans heurt dans un vaste mouvement de développement progressif du droit international qu'il ne doit ni freiner, ni inconsidérément précéder »³.

Every day heralds new preoccupations in the field of pollution, the adoption of national, regional and international laws and regulations. Science and technology show us that what was accepted as a fact yesterday appears inconsistent today.

The task of the international lawyer is therefore a tricky one since he must « *ni freiner ni inconsidérément précéder* ». But he must dare be one step ahead even if there is the possibility of error, due to a scientific or technological break-through capable of making the rule obsolete.

The Geneva Convention on the Continental Shelf (1958) can be mentioned in this respect. When the United States put forward its claims to the continental shelf, science had reached the stage where it was presumed that at a depth of approximately 200 metres all forms of life ceased to exist and in consequence the continental shelf ended abruptly, plunging into the ocean depths out of reach of mankind and where nothing of value existed. The 1958 Convention on the Continental Shelf was based on this fallacy. But we find that the international community had to override those rules which were piously accepted a quarter of a century earlier, after it was demonstrated that the riches which can be found at the

³ *Ibid.*, part I, pp. 330-331.

bottom of the sea are immense and that with new techniques their exploitation is viable.

Reverting to the problems relating to pollution of the air, one may mention some recent studies in which some findings are being challenged. The confirmation on these studies would bring in their wake consequential changes in the legal approach to the issues. Acid rain is seen by many as an ecological holocaust since it is considered to be responsible for the harm done to forests, the sterilization of certain soils, the death of lakes, the death of fish; it is also thought to have negative effects on the health of the human being and of animals and to cause incalculable damage to buildings and monuments, including some of mankind's most cherished ones.

In the United States, rapidly accumulating evidence indicates that forests throughout the country are in decline, perhaps seriously. Most scientists and forest experts said that the evidence so far "strongly suggested that air pollution from power plants, factories, motor vehicles and other human activity, either by itself or in combination with natural stresses, was responsible for the declining state of the trees. However, there was no consensus on what role, if any, is played by acid rain in damaging or slowing the growth of the forests."⁴

In the Federal Republic of Germany, where large-scale tree decline and death is afflicting an estimated 35 per cent of the forests of the country, the widely held view was that yellowing and dieback effects were due to acid rain. In an interim report published in December 1983, the Pollution Control Establishment in the *Land* Nordrhein-Westphalen concluded that the real culprit is ozone⁵.

The doubts raised as to the effects of acid rain and chlorofluorocarbons have been invoked by governments in order to obstruct treaty negotiations.

The adoption of positive steps in the two mentioned fields is indispensable and urgent. The motives behind these evasive tactics

⁴ Philip Shabecoff, "Scientists see Forest Declining in Eastern U.S. due to pollution", *New York Times*, 29 February 1984.

⁵ J.S. Dunnet, "Ozone named as culprit", in *Nature*, vol. 301, 27 January 1983.

have been felt by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, which in Recommendation No. 977 (1984) on Air Pollution and Acid Rain included, in the preamble, the following phrase :

"fearing lest the limitation of current knowledge regarding the causes and effects of acid rain be used as a pretext to delay European cooperation in this field..."

2. Terms of reference - Definition.

The 20th Commission's terms of reference are « La pollution de l'air à travers les frontières nationales ». It is convenient *ab initio* to raise some questions about the various expressions used, namely « pollution », « air » and « à travers les frontières nationales ».

The World Health Organization adopts a scientific approach and defines *air pollution* as

"the introduction of pollutants in a liquid or gaseous medium, or any undesirable modification of the composition of a liquid or gaseous medium. For purposes of air pollution control, an 'undesirable modification' is one that has injurious or deleterious effects"⁶.

The Commission could opt between various satisfactory legal definitions which have much in common⁷ but it would be incoherent for the Institute to depart from the one adopted in 1979 after a lengthy debate, when even the placing of article 1 was the subject of discussion. It was finally recognized that this article was of a substantive nature and, as Jean Salmon pointed out,

« en l'état actuel des débats, il [le rapporteur] inclinerait personnellement à en faire un article 1, plutôt qu'un dernier article, car il lui semble que, logiquement, les lecteurs de la résolution doivent être dès l'abord informés de son objet et du sens qu'il convient d'attribuer dans les articles suivants au mot pollution »⁸.

Paragraph 1 can be accepted *mutatis mutandis*, paragraph 2 can be repeated *ipsis litteris*, while paragraph 3 should be dropped.

For the purposes of the Resolution to be adopted, "pollution" would mean any physical, chemical or biological alteration in the

⁶ World Health Organization, "Glossary on Air Pollution", Copenhagen, 1980, p. 76.

⁷ For example, the OECD Recommendation c (77), 28.

⁸ *Annuaire I.D.I.*, 1979, vol. 58, part II, p. 113.

composition or quality of the air which results directly or indirectly from human action and affects the air, thereby causing injury. Three aspects of this definition (chemical alteration in the quality or composition of the air ; alteration resulting from direct or indirect human action ; and actions or effects that cause injury) need some clarification, as does the phrase « à travers les frontières nationales ».

The effects of acid rain on forests, crops, lakes, buildings, monuments and on human health have been and continue to be studied meticulously with a view to asserting the impact of chemical, biological and physical modifications of the quality of air, in attempt to annul or diminish its disastrous effects, mainly in Europe and in North America. The issue will be raised, albeit very specifically, in the study of acid rain, since it is above all of a scientific nature. However, though the conclusions reached will normally be reflected in the legal and political approaches to the subject-matter, the same applies to the effect of certain halogenated chlorofluorocarbons on the ozone layer.

Pollution of the air can be caused by man, directly or indirectly, and also by natural emissions. Smoke and cinders from a volcanic eruption are often quoted as an example of natural emissions.

The Athens Resolution, following the general trend, is categorical since it limits the scope of the definition to "human actions", as does the 1982 International Law Association's Resolution⁹ on the Legal Aspects of the Conservation of the Environment, which adopts the same terminology as can be found in the 1977 OECD definition : "pollution means any introduction by man..."¹⁰.

In order to strengthen this point, the opinion of some jurists can be quoted. Professor Alexandre Charles Kiss emphasizes that

« dans le sens technique du terme et notamment du point de vue juridique, il n'y a pollution que si la substance polluante a été introduite dans l'atmosphère par suite d'activités humaines »¹¹.

Charles Rousseau also points out that definitions

« mettent l'accent sur l'origine humaine de la pollution. C'est là un élément essentiel de la définition, d'où il résulte que ne peut être

⁹ Report of the Sixtieth Conference, Montreal, 1982, p. 1.

¹⁰ OECD, Recommendation c (77), 28.

¹¹ « Problèmes juridiques de l'Air », p. 8.

considérée comme un fait de pollution au sens du droit international la contamination d'un fleuve par excès de dépôts salins, lorsque cette dénaturation est due à des causes géologiques naturelles »¹².

From a legal point of view, pollution only exists if emissions cause or threaten to cause injury. "Hence, pollutant emissions with no harmful consequences for the exposed country (e.g. concentrations below limits consistent with the use made of the receptor medium) are not covered"¹³.

In other words, not every damage or injury will entail responsibility, so much so that the following phrases can be found in treaties on pollution: serious pollution, sensible pollution, or material pollution.

The authentic version of the Athens Resolution speaks of *dommage* and in the English version we find the word "injury". In Athens, Judge *Jiménez de Aréchaga* pointed out that the word *damage* should refer to the legitimate use of the water and not to the alterations therein¹⁴.

Should the exposed country adopt stricter standards than those existing in the polluting State, then the possibility of a dispute might arise, but in such instances the authorities of the country of origin would disclaim, not admit its responsibility.

3. *Transfrontier pollution.*

The 20th Commission is called upon to submit a draft Resolution on « La pollution de l'air à travers les frontières nationales », which can be translated as pollution of the air beyond national frontiers or across national boundaries, neither of which satisfies the Rapporteur.

The International Law Association did not hesitate in 1982 to adopt the terminology of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), which uses the expression "transfrontier pollution" (Recommendation c (77) 28, for the Implementation of a Regime of Equal Right of Access and Non-Discrimination in Relation to Transfrontier Pollution) — a phrase not to be confused with "long-range or global transfrontier pollution".

¹² « Droit international public », vol. IV, Paris, 1980, p. 511.

¹³ OECD, "Transfrontier pollution and the Role of States", Paris, 1981.

¹⁴ *Annuaire I.D.J.*, 1979, vol. 58, part II, p. 148.

Even though the title of the Resolution adopted in Athens in 1979 does not use the expression transboundary or transfrontier pollution, a preliminary examination gives the impression that it was drafted with this notion taken into account. In the authentic French text, "pollution transfrontière" (the English translation uses "transboundary pollution") is employed frequently, especially in Article VII.

The obligation contained in Article II has points of contact with the definition adopted by the International Law Association in 1982 on "Legal Aspects of the Conservation of the Environment" (based on a OECD Recommendation of 1977) which reads

"Transfrontier pollution means pollution of which the physical origin is wholly or in part situated within the territory of one State and which has deleterious effects in the territory of another State"¹⁵.

The aforementioned Article II of the 1979 Resolution has, nevertheless, a wider scope since the ILA text is restricted to pollution originating "within the territory of one State", while the 1979 Resolution refers to the activities of States or those conducted "within their jurisdiction or under their control". Hence, any activity in the Exclusive Economic Zone as defined in the 1982 Law of the Sea Convention would be included.

But the identification of the polluter is secondary in comparison with that of the region where the effects of the pollution will be felt.

The International Law Association (1982) adopted a restrictive approach since it speaks of the "deleterious effects in the territory of another State". On the other hand, according to Stephen C. McCaffrey,

"transfrontier pollution includes disturbances that originate in one country, are transmitted through a shared natural resource, and take effect in another, or which affect a part of the *res communis* that is under the jurisdiction of no single country"¹⁶.

The 1979 Resolution also speaks of pollution "beyond their boundaries" (*au-delà de leurs frontières*), and the terms of reference

¹⁵ International Law Association, "Report of the Sixtieth Conference", Montreal, 1982, pp. 1-2.

¹⁶ Stephen C. McCaffrey, in *Proceedings of the American Society of International Law*, 1977, p. 56.

of the Commission reflect a similar approach as they relate to pollution « à travers les frontières nationales ».

The comparison between these two approaches is important, because, if we adopt the Athens formula for pollution of the air, it might be argued that it would apply not only to pollution in a given State but also to global and long-distance air pollution and to damage to the ozone layer.

This broader concept would oblige the 20th Commission to take into consideration air pollution in regions that are not under the jurisdiction of a given State, such as the high seas, outer space and the Antarctic region. For these international spaces the drafting of norms would have to take account of the relevant treaties, such as the Antarctic Treaty signed in Washington on 1 December 1959 ; the Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water, done in Moscow on 5 August 1963 ; and the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and other Celestial Bodies, signed in London, Moscow and Washington on 27 January 1967.

This approach would also lead us to the very complex discussion on "long-distance" air pollution in which, according to Johannes Lammers :

" the general impossibility to distinguish the contribution of a particular State of origin to a particular instance of transfrontier air pollution constitutes the crucial criterion by which long-distance transfrontier air pollution is to be distinguished from other instances of transfrontier air pollution " ¹⁷.

In the opinion of the Rapporteur, the 20th Commission should not deal with these issues at this stage and suggests that its terms of reference should be modified to read " transfrontier air pollution ", leaving the very complex problems raised to be studied in the future, when more positive data may be available.

¹⁷ Johannes G. Lammers, Report on Aspects of long-distance air pollution, International Law Association, Paris, 1984.

4. *International responsibility.*

The notion of responsibility permeates the whole issue of transboundary air pollution and in an analysis of the 1979 Resolution this assertion stands out.

Sette-Camara believes

" that there is no recognized rule of customary international law specifically prohibiting the pollution of international watercourses. It is a problem pertaining to the field of State responsibility and it is from that angle that it has to be considered " ¹⁸.

Farther on he refers to the same concept in other words :

" The compensation for injury caused by a wrongful act by a State is the corollary of the principle of State responsibility which is at the basis of the whole spectrum of international measures against pollution " ¹⁹.

If, on the one hand, we find a tendency of some authors who insist that no rules of international law on pollution exist, on the other hand most authors recognize that in the presence of harmful transboundary damage the responsibility of States is involved even if only by omission ²⁰.

At this stage, the assumption that general international law does not impose restrictions cannot be admitted. On the contrary, a substantial number of writers, with the recent support of the 1979 Athens Resolution, tend to hold the opposite extreme view, *viz.* that general international law does not permit the infliction of any harm or injury as a result of water pollution within another riparian State ²¹ and we could add " or as a result of transboundary air pollution ".

The sense of urgency with regard to pollution of the air is growing but the corresponding idea of State responsibility does not follow this imperative. If on the one hand, jurists lay emphasis on

¹⁸ I. Sette-Camara, " Pollution of International Rivers ", in *R.C.A.D.I. (Rec. des cours de l'Académie de droit international)*, 1984, p. 52.

¹⁹ *Ibid.*, p. 94.

²⁰ Denis Lévi, « Responsabilité par omission », in *R.G.D.I.P.*, 1961, p. 757 ; Charles Rousseau, « Droit international public », tome IV, No. 450, p. 515.

²¹ Johannes G. Lammers, " Pollution of International Intercourses : A search for substantive rules and principles of law ", Leiden, 1984, p. 580.

the determination of responsibility and liability, States on the other hand, simply refuse to accept these concepts. It is symptomatic that the important 1979 ECE Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution observes in its sole footnote that "the present Convention does not contain a rule on State liability as to damage".

The Council of the European Communities at its meeting on 28 June 1984 adopted a directive on the combating of air pollution from industrial plants. It provides that Member States must make the operation of industrial plants, covered by the directive, subject to prior authorization. It spells out in detail the conditions to be fulfilled and further lays down that Member States may adopt stricter provisions. However, the directive drafted in terms of *hard law*, is crippled by Article 15 which contains the inevitable loop-hole, namely that it "does not apply to industrial plants serving national defence purposes", which in the long run almost annuls the whole directive.

On 12 May 1969 the Council of Europe adopted a draft Convention on the protection of fresh water against pollution. It contained various clauses on responsibility, including one on the payment of damages to victims of pollution. It was deemed unacceptable by the governments concerned and on 13 May 1974 it was substituted for another draft in which the idea of responsibility was broached in a very cautious manner.

If we consider the seriousness of the issues related to pollution of the air in Europe, which is recognized by all governments, it is to be deplored that the latter should shy away from positive solutions. It is therefore up to the jurists to show the way, even knowing that the solutions proposed may fall on deaf ears.

In his Rapport Provisoire, *Salmon* took up four issues on which the 15th Commission had had the opportunity to express its views: responsibility due to the non-implementation of a conventional obligation; responsibility due to violation of general international law; responsibility arising out of acts not prohibited by international law and responsibility for pollution caused by individuals.

As regards the two first issues, most members of the 15th Com-

mission responded positively²². *Sette-Camara*, while giving a positive answer in respect of the violation of a contractual obligation, stated that "it is doubtful whether there are any rules of general international law in this field"²³.

Though the two first issues were solved easily and satisfactorily, the same did not occur with the problem of international liability for acts not prohibited by international law.

The question was raised in the International Law Commission in 1957 but did not attract further attention.

In his second report²⁴, *Roberto Ago* observed :

"While recognizing the importance, alongside that of responsibility for internationally wrongful acts, of questions relating to responsibility arising out of the performance of certain lawful activities — such as spacial and nuclear activities — the Commission believes that questions in this latter category should not be dealt with simultaneously with those in the former category".

Thus, besides the question of State responsibility, the International Law Commission embarked on a study on "international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law".

I should be mentioned that in 1957, when Garcia Amador, the then Rapporteur on State responsibility introduced his second report²⁵, the question of ultra-hazardous activities was raised, albeit timidly. *Padilla Nervo*, elaborating the draft, said that he wished to raise, "one important point in connexion with the nature and scope of State responsibility". According to the traditional rule, the international responsibility of a State was involved only when the damage caused resulted from acts or omissions contrary to the international obligations of that State. In other words — as was the case until recently in municipal law — there could be no liability without fault or negligence. However, the damage already caused, or which might be caused, to persons or property on the territory of other States by the manufacture or experimental explosion of

²² *Annuaire I.D.I.*, 1979, vol. 58, part I, p. 231.

²³ *Ibid.*, p. 309.

²⁴ *YBILC*, 1970, vol. II, p. 178, para. 6.

²⁵ *Ibid.*, 1957, vol. I, 413th meeting; vol. II, p. 104.

nuclear weapons sheds doubts on the advisability of maintaining the traditional rule. Under the traditional concepts of fault and negligence, it was strictly speaking not possible to talk of violation of international obligations when the weapons were exploded in the territory of the State concerned or on the high seas, the more so as every conceivable precaution was undoubtedly taken to prevent damage. Yet it was difficult to accept the view that, when such explosions caused damage to the persons or to the territories of other States, no international responsibility, with the corresponding duty of compensation, arose²⁶.

Sir Gerald Fitzmaurice, however, emphatically negated the idea that responsibility could arise as a result of objective risk, i.e. if no breach or non-observance of international law was involved²⁷.

Be it as it may, the work of the International Law Commission, in spite of Professor *Quentin-Baxter's* efforts is still of an exploratory nature, as it is aimed at evaluating the scope and context, and cannot be disassociated from the overall question of State responsibility. While the study on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law is making little progress, problems related to pollution, and more specifically to air pollution, are making headway; meanwhile treaty law and customary international law are slowly but surely gaining ground. In short, once a rule on non-pollution is defined together with the corresponding obligation, responsibility for an internationally wrongful act is characterized and the rules and principles being drafted on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law would no longer apply, being overtaken by the rules on the responsibility of States for acts contrary to international law.

Under treaty law and customary international law, States are responsible for acts committed within their jurisdiction or under their control by private individuals not acting on behalf of the State.

This general rule of international law is particularly important

²⁶ *Ibid.*, p. 156, para. 56.

²⁷ *Ibid.*, 415th meeting, para. 16, p. 164.

in respect of transfrontier air pollution, since quite often pollution can be attributed to privately owned factories and to owners of motor vehicles. The *Trail Smelter* case, considered the *locus classicus*, is a perfect example.

The problems in connection with State responsibility for acts of individuals were covered satisfactorily by the 1979 Resolution in various articles and can be summarized as follows: States are under a duty to ensure that activities conducted within their jurisdiction or under their control cause no pollution beyond their boundaries (Art. II); they shall prevent any new forms of pollution or any increase in the existing degree of pollution and abate existing pollution within the best possible time limit (Art. III); States shall enact all necessary laws and regulations and adopt efficient and adequate administrative measures and judicial procedures for their enforcement (Art. IV); States should conclude treaties concerning the jurisdiction of courts, the applicable law and the enforcement of judgments (Art. VI); they shall develop safeguards for individuals and grant on a non-discriminatory basis the greatest access to judicial and administrative procedures (Art. VII); they shall set up compensation funds for ecological damage (Art. VII).

Ultra-hazardous activities, which can relate to acts of private individuals, are mentioned specifically in Articles III and VI and indirectly in Article VII, which speaks of the setting up of special compensation funds.

Article V of the Athens Resolution on the Pollution of Rivers and Lakes and International Law « se borne à une formulation classique », to use the words of Salmon²⁸.

Many questions were raised not only by the members of the Commission but also during the plenary session in Athens. Some members²⁹ felt that an article on responsibility was unnecessary. Salmon, while understanding the misgivings of his colleagues,

« regretterait cependant que l'on adopte cette solution car on aurait l'impression que l'Institut a fui devant ses responsabilités. Le devoir de l'Institut, estime le Rapporteur, est de dire que la conséquence de la violation des obligations internationales est la responsabilité internationale. Et ceci s'impose d'autant plus que certains, tout

²⁸ *Annuaire I.D.J.*, 1979, vol. 58, part II, p. 109.

²⁹ *Ibid.*, p. 146 (McWhinney, Mme Bindschedler and Virally).

en reconnaissant l'existence d'obligations internationales, reculent devant cette conséquence pourtant inéluctable »³⁰.

At a given stage he said that the article took principle 22 of the Stockholm Declaration one step further in the recognition of international responsibility with regard to pollution.

In short, Article V avoids entering into details and is drafted in general terms as follows :

" States shall incur international liability under international law for any breach of their international obligations with respect to pollution of rivers and lakes ".

It should be noted that in the English version we find that *responsabilité* was translated into *liability*.

During an exchange of views in the International Law Commission in 1973, Ambassador Kearney suggested that the term " responsibility " should be used only in connection with internationally wrongful acts and that, with reference to the possible injurious consequences arising out of the performance of certain lawful activities, the more suitable term " liability " should be used³¹.

This proposal was accepted without discussion and on that occasion *Roberto Ago* said that

" the change was pertinent so far as the English text was concerned. The word ' liability ' implied the necessity of a reparation and was therefore the right word in that context : « responsabilité » appeared to be the only word available in French to express both notions " ³².

Pierre-Marie Dupuy is categorical when he insists on the distinction between *responsibility* and *liability*, i.e. between the obligation to prevent and the obligation to compensate for the damage caused by the lack of prevention, which must always be kept clearly in mind, as it is formulated in principles 21 (for responsibility) and 22 (for liability) of the Stockholm Declaration on the Human Envi-

³⁰ *Ibid.*, p. 146.

³¹ YBILC, 1973, vol. I, p. 211, 1243th meeting, para. 37.

³² *Ibid.*, para. 38.

ronment, even if it introduces a much simpler relation between these two terms in international law than in common law³³.

We feel that a semantic discussion should be avoided. The terms "responsibility" and "liability" have been used interchangeably and both imply the necessity of a reparation. *Quentin-Baxter*, in his Preliminary Report on international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law, studied this question in depth and concluded:

"In this report, therefore, the term 'liability' is used, as far as possible, without nuance and in a sense very close to its ordinary meaning: a negative asset, an obligation, in contradistinction to a right. It is not used to mean only the consequences of an obligation, but rather to mean the obligation itself, which — like 'responsibility' — includes its consequences"³⁴.

In conclusion, in spite of the innumerable issues which can be raised in the field of responsibility, such as those related to objective responsibility, the 20th Commission would be treading on reasonably firm ground if it accepted a rule drafted in general terms such as Article V of the Athens Resolution, subject to a consequential adaptation.

5. Nuclear pollution.

As far back as 1910 the Institut de Droit international called the attention to the problem of pollution³⁵; in 1872 a British chemist, Robert Angus Smith, wrote a book on acid rain; in 1941 the *Trail Smelter* case³⁶ aroused some interest because of the

³³ "Environmental liability for transfrontier pollution", in *Trends in Environmental Policy and Law*, Gland, Switzerland, 1970, p. 364.

³⁴ *YBILC*, 1980, vol. II, part I, p. 250, para. 12.

³⁵ *Annuaire I.D.I.*, vol. 23, Paris, 1910.

³⁶ The bibliography on the *Trail Smelter* case is extensive: J. Read, "The *Trail Smelter* Dispute", in *Canadian Yearbook on International Law*, vol. I, 1963, p. 213 *et seq.*; Karin J. Madders, "Trail Smelter Case", in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, p. 270 *et seq.*; Quentin Baxter, Second Report, in *YBILC*, vol. II, part I, p. 148 *et seq.*; Frederic Kirgis, "Technological challenge to the shared environment, United States practice", in *AJIL*, vol. 66, 1972, p. 291 *et seq.*; Irene van Lier, "Acid Rain", p. 104 *et seq.*; Alonso Gómez Robledo, "Responsabilidad internacional por daños transfronterizos", Mexico, 1983, p. 31 *et seq.*

novelty of the issue; but, in general, neither international law nor public opinion paid much attention to the issues involved. Suffice it to say that *Charles Rousseau* has studied in depth the pollution of the seas and rivers, indicating a rich bibliography on the subject matter, but he is silent on pollution of the air³⁷.

The gradual destruction of forests in Europe and North America raised the issue of air pollution or, more precisely, of acid rain. In consequence, the OECD investigated at great length the causes and effects of acid rain and drafted various legal recommendations on the subject.

Yet, in a sense, acid rain does not present to humanity the same danger as nuclear pollution and damage to the ozone layer; it just happens that its consequences are visible and upon us, while the threats inherent in nuclear explosions or in the destruction of the ozonosphere will only be tackled when it may be too late. Even in respect of acid rain, the efforts made by some governments to put off the implementation of norms aimed at abating air pollution from power plants, factories and motor vehicles may result in irreparable damage to forests and historic monuments.

In the formulation of rules on nuclear pollution of the air, account must be taken of the scale of pollution and one is thus confronted with the need to seek rules aimed at minimizing the most serious threat to mankind — nuclear war — or at regulating radioactive emissions from nuclear reactors.

The pollution resulting from a nuclear war between the two super powers would lead to what is being called "the nuclear winter"³⁸, which means that even a limited nuclear war involving only a fraction of the existing atomic weapons "could produce enough smoke and soot to block out nearly all of the northern hemisphere's sunlight, plunging the planet for many months into a dark, lethal nuclear winter"³⁹.

³⁷ Tome IV, No. 392, p. 467; No. 444, p. 560.

³⁸ Carl Sagan, "Nuclear war and climatic catastrophe: some policy implications", in *Foreign Affairs*, Winter 1983/84, p. 257.

³⁹ Policy Statement of 19 September 1984 on the eve of a Conference held in Washington D.C. entitled "The Fate of the Earth", by nineteen Nobel Prize Winning Scientists and 178 leaders of environmental and arms reduction groups.

Faced with such a dreary possibility, it is to be hoped that sanity will eventually prevail and that the nuclear arms race will cease.

It has been argued that

"there are no treaties prohibiting specifically the use of nuclear weapons, nor do we have any pronouncements by international tribunals as to the customary rules of international law on the subject"⁴⁰.

Norms of international law must take into account right and wrong (*est dictatum rectae rationis*) and therefore the basic rule should, conversely, read:

"under no treaty, rule of customary international law, or decision of an international tribunal is the use of nuclear weapons justified. Such a use is irreconcilable with the notion of *jus cogens*".

At the other extreme we have a by-product of the atomic bomb, namely the peaceful use of nuclear energy. In the search for cleaner air and reduced emissions of sulphur oxides, the substitution of fossil fuel by nuclear plants is the ideal solution, so much so that some environmentalists in Europe favour the use of nuclear power to fight the pollution which is causing the forests to die away. Even though the safety record of nuclear reactors is usually excellent,

"the potential hazards of nuclear accident and contamination are so much more dramatic than the hazards of aviation and the older forms of pollution that they have given a new impetus to international action concerning ultra-hazardous liability"⁴¹.

As a consequence, nuclear liability has received intensive consideration and various international or regional conventions have been signed.

The Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage, 1963, and the Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy (Paris Convention), 1960⁴², designed to regulate third

⁴⁰ Eric Stein, "Impact of new weapon technology on International Law", in *R.C.A.D.I.*, vol. 133, 1971-II, p. 291.

⁴¹ C. Wilfred Jenks, "Liability for ultra-hazardous activities in international law", *R.C.A.D.I.*, vol. 117, 1966-I, p. 127.

⁴² Reproduced in IAEA Legal Series No. 4: "International Convention on Civil Liability for Nuclear Damage" (Revised 1976 edition).

party liability in Western Europe, were widely accepted by the Contracting Parties. The United States and the USSR, however, are not bound by any of the conventions signed.

As to the rules on the legality or illegality of nuclear explosions, we tread, in theory, on steadier ground since some important multi-lateral conventions are in existence.

Article V of the Antarctic Treaty provides that "any nuclear explosions in the Antarctic and the disposal there of radioactive waste material shall be prohibited". This treaty bans testing in *all* environments, in the air as well as below the surface of the ice and in water. It goes beyond the mere testing and proscribes contamination by the deposit of radioactive waste.

The 1963 Partial Test Ban Agreement prohibits the testing of nuclear weapons and any other nuclear explosion in the atmosphere, beyond its limits, including outerspace and under water. Unfortunately, neither China nor France has accepted the agreement and "it is equally regrettable that it has by no means prevented or even impeded the nuclear arms race"⁴³. This agreement also prohibits underground explosions if they cause radioactive pollution outside the territorial limits of the State carrying out the explosion. This provision has been ignored and seepage has occurred on more than one occasion.

Every attempt to achieve the objectives of this and other conventions on nuclear disarmament meets with an obstinate lack of goodwill on the part of the nuclear powers, who do not wish to see a change in the *status quo*. It has been argued by them that the danger of nuclear explosions is an unsurmountable obstacle to any disarmament treaty. In the meantime, they carry out around ninety tests annually.

The Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and other Celestial Bodies, goes one step further, since it refers not only to nuclear weapons but to "any other kinds of weapons of mass destruction." The Parties to the Treaty undertake not to place in

⁴³ Hans Blix, "Arms Control Treaties aimed at reducing the military impact on the environment", in *Essays in International Law - in honour of Judge Manfred Lachs*, The Hague, 1984, p. 704.

orbit around the Earth any such weapons. The discussions which are being conducted to prevent the militarization of the outer space, including the renunciation of anti-satellite systems, are symptomatic of the position of a few States on these issues.

To the list of international agreements opposed to nuclear explosions, we may add the Soviet-American treaties on underground nuclear explosions, signed in 1974 and 1976 and awaiting ratification.

The Non-Proliferation Treaty of 1968 prohibits nuclear explosions, but it does not apply to the nuclear-weapon States. In other words, it tacitly legalizes nuclear explosions — with the consequential nuclear proliferation. The refusal of some States to accept the NPT is linked, among other arguments, to this unequal clause, which is contrary to world peace.

Even though Roberto Ago deemed it convenient not to deal simultaneously with State responsibility and with international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law, the International Law Commission forwarded, to the General Assembly of the United Nations in 1979, the draft Articles which it had adopted on State responsibility, in particular Article 19, which is of the utmost importance. In paragraph 3 (d), we read that, subject to paragraph 2 and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, *inter alia*, from a

"serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas" ⁴⁴.

This article, if included in the Resolution of the Institute, would cover certain nuclear explosions.

6. *Damage to the ozone layer.*

According to the World Health Organization ⁴⁵, the ozone layer (or ozonosphere) is an atmospheric layer lying between about 10 and 50 km above the surface of the Earth, in which the percentage

⁴⁴ *YBILC*, 1979, vol. II, part II, p. 91.

⁴⁵ "Glossary on Air Pollution", p. 73.

of ozone is relatively high. The maximum concentration generally occurs at about 20 or 25 km. Ozone is a pale blue gas with a distinctive pungent odour and is a highly reactive oxidizing agent, very poisonous, and can be a serious pollutant. It exists at much greater concentrations in the upper atmosphere, where it is formed by the action of solar ultraviolet radiation; some is mixed down into the lower atmosphere. Ozone is also formed by electric discharges (e.g., lightning) and by photochemical reactions involving hydrocarbons and oxides of nitrogen (from, for example, automobile exhaust gases).

These definitions of ozone and of ozone layer do not indicate the beneficial role which the ozone layer has in the protection of the eco-system and of the human health, owing to its properties in the filtering of solar radiations.

There is no doubt that certain halogenated chlorofluorocarbons and other substances, natural or man-made, have modifying effects on the ozone layer. First reports of research carried out were frightening, but subsequent studies tend to minimize the effects.

The adoption by the international community of precautionary measures to avoid unnecessary emissions of such substances and to investigate the means of avoiding other emissions is imperative. The tendency of some governments to put off the enactment of concrete measures by linking them to the necessity of relevant scientific and technical considerations should not be condoned since a global convention will be of a preventive character.

The problems encountered in the drafting of a specific convention for the protection of the ozone layer are complex but, to be effective, such a convention must necessarily be of a global nature since all nations have a stake insofar as disruption of the ozone layer would spread throughout the world's eco-system.

Unfortunately, substantial economic factors are involved and efforts made by legal and technical experts in the elaboration of a draft convention have met with all sorts of obstacles, procedural and otherwise.

The main responsibility with the possible deterioration rests with the advanced nations of the Western world. Of the chlorofluorocarbons used in aerosol cans, solvents and refrigerants, 90 per

cent are produced in OECD countries, which likewise accounts for 90 per cent of world consumption⁴⁶.

It should also be mentioned that studies published in December 1983 in the Federal Republic of Germany attribute to ozone and no longer to acid rain the decline and death of forests which is reaching frightening proportions in that country.

Modifications of the ozone layer are liable to increase human exposure to solar radiations, with consequential skin cancer; they are likely to affect the immunological system as well as agricultural crops, forests and other terrestrial eco-systems, the aquatic food web and fisheries; they also possibly cause the inhibition of oxygen production by marine phyto-plankton; and, finally, climatic changes can be foreseen.

The necessity of international cooperation for the protection of the ozone layer is therefore urgent and undeniable; but the doubts raised as to the negative effects of chlorofluorocarbons and other substances must be taken into account. In 1981, Finland, Sweden and Switzerland took the initiative of recommending that

"bearing in mind the nature of the issue, the Convention (for the protection of the ozone layer) must be sufficiently flexible to be easily adaptable to changing circumstances as new scientific evidence becomes available"

and that it would be appropriate that it should contain two separate parts: a main part constituting the broad and comprehensive framework of the Convention, and another part made up of an annex or annexes containing detailed provisions and technical requirements, amendments to which may be agreed upon more expeditiously than amendments to the main part⁴⁷.

The Working Group set up to prepare a Convention for the protection of the ozone layer worked along these lines and the latest revised draft was drawn up during its Geneva session, in October 1984. The draft includes a general obligation for States to protect

⁴⁶ *Apud* Norman and Dorothy Myers, "Increasing awareness of supranational nature of emerging environmental issues", *Ambio*, vol. 11, No. 4, 1982, p. 196.

⁴⁷ UNEP/GC.10/5/add. 2, of 7 December 1981.

the ozone layer and to that end it tends to limit as far as possible and gradually reduce and prevent activities under their jurisdiction or control which may have adverse effects on the ozone layer. In a draft recommendation proposed by Finland, Sweden and Switzerland it was recognized that

"it is difficult to establish norms concerning reparations within a framework convention of a general nature. However, it is desirable to find means to settle controversies in certain cases".

An international regulation for the protection of the ozone layer cannot be dissociated from the delimitation of airspace and outer space. Contrary to the recognition of sovereignty over national airspace, Article II of the Outer Space Treaty prohibits sovereignty over outer space⁴⁸. As regards the ozone layer, we have what might be called vertical pollution, in contrast with the horizontal pollution which occurs in most other cases.

"The upper limit of airspace and the lower limit of outer space determine the minimum and the maximum height of the limit of airspace and outer space"⁴⁹.

All attempts to determine the dividing line between national airspace and outer space have been systematically put off by the major powers — invoking the necessity of consensus — in spite of General Assembly resolutions in favour of such a delimitation.

Reverting to the ozone layer, we conclude that international norms aimed at its protection may apply to national airspace over which the subjacent State presently exercises sovereign rights. Here, we have a case of domestic pollution which directly results in long-distance pollution, i.e. the question of transboundary pollution *stricto sensu* does not arise.

From 18 to 22 March 1985, a conference of plenipotentiaries will take place in Vienna, with the task of examining the revised draft and, if possible, adopting a Convention for the Protection of the Ozone Layer. It will be preceded by a preliminary meeting to be held in Geneva in January 1985. Under these circumstances, it would be premature at this stage for the 20th Commission to take position on this issue.

⁴⁸ Articles 1 and 2 of the Convention on International Civil Aviation, Chicago, 1944.

⁴⁹ John Kish, "The Law of International Spaces", Leiden, 1973, p. 43.

7. Acid rain.

Acid rain is no longer a mere threat to the European and North American eco-system ; it is a reality and time is running out. Even though in the opinion of the Rapporteur nuclear pollution and damage to the ozone layer present a greater threat to humanity as a whole, acid rain is the most immediate danger in Europe, where it has been considered an " ecological catastrophe ".

As far back as 1872, Robert Angus Smith wrote a book on " acid rain ", coining the phrase ; the European Atmospheric Chemistry Network was established in 1950 when it was realized that precipitation in large parts of Europe had become acidic. Yet, in spite of these warnings, acid rain did not receive priority treatment in Stockholm in 1972. The seriousness of the problem was only recognized when OECD took up the problem. Understandably the European organizations are the most active in this field since Europe is the most polluted region of the world.

In a relatively small area we find a high concentration of population, industries, power generators and motor vehicles. In Western Europe, the States are joined through organizations in every activity, be it political, economic, commercial, cultural, agricultural or otherwise. There is a certain analogy with Eastern Europe. In the case of Europe, one cannot speak of domestic pollution ; pollution there is always transfrontier pollution. According to Irene Van Lier,

" there are two types of transfrontier pollution : one-way transfrontier pollution, where pollution originating in one State has adverse effects in one or more other States ; and two-way or reciprocal transfrontier pollution, where pollution originating in that other State has effects in the first State " ⁵⁰.

A report published by the OECD in 1977, covering the period 1972-1975, shows an imbalance within the *atmospheric community* ⁵¹. Austria, Finland, Norway and Switzerland receive through the air more sulphur than they export ; Switzerland, for example, exports 70 million tons of sulphur and receives 100 million of it. Conversely, France, the Federal Republic of Germany, England, Belgium, the

⁵⁰ Irene Van Lier, " Acid Rain ", p. 5.

⁵¹ OECD, " Program on long-range air pollution ", Paris, 1977.

Netherlands and Denmark export more pollutants than they receive. Of the 250 000 tons of sulphur deposited in Norway, only 30 000 were produced in that country, while 60 000 originated in the British Isles.

The initial studies focused on Western Europe, but air pollution ignores ideological barriers, so much so that in 1979 East and West-European nations, in an unprecedented joint effort, pledged to try and combat transboundary air pollution. On that occasion, thirty-four European States, not including Albania, undertook in a ten-article agreement to try to "limit, as far as possible, gradually reduce and prevent" all forms of air pollution, particularly toxic transboundary emissions.

In September 1984, in Geneva, eighteen governments, including the Soviet Union and Canada, committed themselves to a 30 per cent cut in emissions of sulphur dioxide by 1993 in an effort to reduce pollution from acid rain. The pledge was made at a meeting of the thirty-four nations who are members of the United Nations Economic Commission for Europe. The meeting ended with an agreement that follow-up discussions would be held on the incorporation of the 30 per cent cut into the legal framework of the first Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution. The latter, negotiated in 1979 under the auspices of the UN Commission, now numbers 30 members, including the United States and the Soviet Union.

If the follow-up discussions are successful, a new protocol could be signed in Finland in Summer 1985. As already said, the aim of the agreement reached in September 1984 is to incorporate the 30 per cent cut into the legal framework of the 1979 Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution. The adoption of this 30 per cent cut was facilitated by a declaration of the Soviet Union, made in June 1984 in a similar meeting in Munich, to cut by 1993 the amount of sulphur dioxide pollution that drifts across the western boundaries. Unfortunately, the United States and Great Britain, who are considered as the two major pollutants, declined to accept the commitment.

Even though the September 1984 agreement can be heralded as an important break-through, doubts have been raised as to the year 1993 which, in the opinion of some experts, is too far off. In view

of what the United Kingdom delegate said, namely that his country accepted a 30 per cent reduction " as an aim of policy rather than a formal commitment ", but not before the end of the 1990's, *i.e.* in the year 2000, any action may come too late.

In this sense, one may point out that in October 1984 a West German government report stated that 50 per cent of the country's trees were suffering damage, *i.e.* 16 per cent more than in 1983. In 1982, only 8 per cent of the nation's 4 million hectares of trees were affected.

In the United States, biologists and plant pathologists say that some of the symptoms in the Eastern forests are similar to those observed on the trees of Central Europe 20 years ago. But scientists stress that available data are insufficient to predict whether US forests are facing the same fate as the German forests⁵².

Human health, especially the lungs, are affected by acid rain. Fog in London can be associated with the industrial revolution, but it is only after the 1952 smog in London, which left a toll of 4000 deaths, that the authorities in England did take up its control and abatement seriously. Precise statistics are not available, but it has been estimated that around 120 000 persons die in the United States victims of acid rain⁵³.

A Vienna symposium on forest damage by atmospheric pollution concluded, in October 1984, that not only trees but also drinking water might be endangered by acid rain⁵⁴.

Acid rain is also responsible for the damage to buildings, among them some of the most precious monuments inherited from the past. The most glaring example is the Acropolis in Athens, where motor vehicle exhausts are causing incalculable and irreparable damage to the monument. Photographic evidence of the erosion of sculptures at the Lincoln Cathedral (England), which in 1910 were delicately carved figures, appear as shapeless lumps of stone. The Cathedral stands in the plume path of Trentside power station. At Westminster Abbey, five million pounds sterling were

⁵² Philip Shabecoff, " Scientists see Forest Declining in Eastern U.S. due to Pollution ", in *New York Times*, 29 February 1984.

⁵³ Leonard Hamilton, " Health Issues ", *apud* Sette-Camara, " Pollution of International Rivers ".

⁵⁴ *Arbeiter Zeitung*, 22 October 1984.

spent on restoring stonework and four million on flying-buttresses which were rebuilt in lime stone 90 years ago and now need to be replaced⁵⁵.

One could contend that in these instances the question of responsibility for transfrontier pollution does not arise ; but conversely, it could be argued that in the case of monuments, groups of buildings or sites defined by the UNESCO Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage⁵⁶, certain obligations arise out of their inclusion in the World Heritage List. Obviously no State possessing a work of art of incalculable value will wittingly permit everlasting damage, but since the recognition that a monument or group of buildings is accepted as part of the cultural heritage of mankind, the State concerned must, under Article 5 of the Convention,

" take appropriate legal, scientific, technical, administrative and financial measures necessary for the identification, protection, conservation, presentation and rehabilitation of this heritage ".

On the other hand, transfrontier pollution is involved in some cases, among which we may mention the deterioration of the cathedrals of Cologne and Strasburg. At the Cologne Cathedral, 15th Century sandstone is being replaced on the walls of the choir, and in five years' time, none of the original stonework will remain, which means that a medieval monument will be replaced by a copy⁵⁷.

Although most findings point the finger at acid rain, government authorities hesitate to take costly concrete measures, arguing that scientific results are still inconclusive.

Richard Funkhouser, in a recent article⁵⁸ raises a series of questions that remain unanswered, viz. :

(1) How much acid rain is *imported* (in the United States) and how much is produced locally ?

⁵⁵ *The Guardian*, 7 September 1984.

⁵⁶ Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, adopted by UNESCO in Paris on 16 November 1972.

⁵⁷ *The Guardian*, 7 September 1984.

⁵⁸ *New York Times*, 8 August 1983.

(2) What amount of acidification is human-made and what amount occurs naturally ?

(3) Do scientists know for sure what amount of acidification is old or new ?

(4) Do scientists know how much acid is deposited wet, in rain or snow, or dry, as particles ?

(5) What is the dividing line between benign and malign acidification ?

(6) Do scientists have a firm idea of whether acidification is getting better or worse ?

The best defence against chemical pollution in the air is obvious : avoid pollution at the source. The problem is no longer of a scientific and technological nature, it is above all economical and political.

In the United States a variety of bills are pending in Congress on the acid rain question. One of these bills specifically calls for the installation of flue-gas desulfurization system, or scrubbers, at the nation's 50 largest coal-burning power plants.

The reduction of pollutants in exhaust gases of motor vehicles, especially through the use of unleaded petrol and technological improvements in car engines, is also recommended.

There is no doubt that the costs of such anti-pollution measures will be enormous as such, but rather small in comparison with the sums spent on armament, nuclear and otherwise.

Recommendation 977 (1984) adopted by the Council of Europe in the beginning of 1984 contains, in the preamble, the cognition that

"according to currently available knowledge, the phenomenon of acid rain is closely connected with that of air pollution through emissions of sulphur dioxide and nitrogen oxides" and "that the investment needed to reduce air pollution is costly, but that such expenditure would be substantially offset by direct and indirect savings produced by improving the conditions of forests, lakes, farmland and human health";

finally, it voiced its fear that

"the limitation of current knowledge regarding the causes and effects of acid rain be used as a pretext to delay European cooperation in this field... ».

The word used — "pretext" — says all.

8. *International co-operation.*

The Athens Resolution in Article VII mentions the ways in which States may carry out their duty to co-operate on environmental matters. International co-operation in this field is catching on fast, especially in bilateral treaties or in treaties between States faced with a common airshed problem. Even though there is a duty to co-operate in certain fields, it is premature to adopt an overall obligation at this stage. The Resolution of the Institute is quite clear when it links the duties to agreements.

There is no doubt that States which in a treaty accept to consult, inform, warn, obtain prior consent, enact specific laws and regulations, or introduce the necessary judicial process are bound to fulfil these obligations.

The question to be solved is whether, in the absence of a treaty obligation, States have a special duty under general international law to co-operate. If there is no general obligation, is there a specific obligation under international law by which States must, for example, consult or inform ?

During the 1972 Stockholm Conference, attempts to impose a general obligation to inform potentially affected States of environmental harmful activities had failed and agreement was only reached on the non-binding formulation of principle 20.

Since then, there has been a trend to create such an obligation, although in terms of *soft law*.

Quentin-Baxter is of the opinion that

" the duties to provide information, to afford consultation, and to consider in good faith, representation made by another interested party are too well established to need elaboration " ⁵⁹.

Referring to the tendency of some States to site major development projects (particularly nuclear power plants) in border areas, William Kennedy calls the decision to provide consultation on environmental impact assessment " a good one " and adds that

⁵⁹ Quentin-Baxter, Second Report on " International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law ", in *YBILC*, 1981, vol. 2, part I, p. 119, para. 69.

some authors "believe there is good authority for considering such duties as being part of customary international law" ⁶⁰.

Such a view is not comparted by Professor Dietrich Rauschnig, who in a report submitted to the International Law Association in 1980 commented :

"As for cases of air pollution, however, it is not possible to affirm the existence of an international duty to enter into consultation, due to the lack of sufficient State practice on the basis of a legal conviction" ⁶¹.

With regard to the previous study on pollution of rivers and lakes, opinions differed considerably among the members of the Institute as to the existence or non-existence of rules in general international law. *Charles Rousseau* categorically answered « oui, certainement », *Mr Ignaz Seidl-Hohenveldern* and *Mr Myres McDougal* also gave positive replies and *Mr Sette-Camara* and *Mr Ian Verzijl* considered it "appropriate" and "souhaitable".

On the other hand, *C.-A. Colliard* stated :

« Je ne pense pas que le droit international général comporte des obligations telles que celles visées à la question 13 a »,

while *Robert Jennings* phrased his opinion as follows :

"I do not understand how the answer to these questions can be given in general terms: it all depends upon the particular dispute and the treaty obligations existing between the particular States in question" ⁶².

In the opinion of the Rapporteur, there is a duty if it is provided for in a treaty; one cannot speak of an overall principle in general international law to co-operate; but one can admit the existence of such a duty under certain circumstances such as a significant threat of pollution, a sudden increase in the level of transboundary pollution, or ultra-hazardous activities ⁶³.

⁶⁰ "The Directive on Environmental Impact Assessment", in *Environmental Policy and Law*, vol. 8, 1982, p. 88.

⁶¹ "Legal aspects of the Conservation of the Environment", in *Report of the Fifty-ninth Conference*, Belgrade, 1980, p. 549.

⁶² *Annuaire I.D.I.*, 1978, vol. 58, part I, pp. 297 to 309.

⁶³ C. Wilfred Jenks, "Liability for ultra-hazardous activities in international law", in *R.C.A.D.I.*, vol. 117, 1966-I, p. 106.

Article VII of the Athens Resolution can serve as a guide-line for the drafting of a corresponding article on air pollution, but many of the sub-paragraphs must be conveniently adapted and some ideas simply put aside.

9. *Pollution and the developing countries.*

The Athens Resolution of 1979 on the Pollution of Rivers and Lakes contains Article VIII, which is aimed at assisting developing nations in the implementation of their environmental obligations under international law.

Many scholars had difficulty in accepting some of the provisions of the Stockholm Declaration on the Human Environment in relation to the developing countries, which has mistakenly been construed as a right to ignore the basic environmental principles when development must be environmentally sound if it is to be really permanent.

To understand the ideas behind the 1972 Declaration, one must remember that the reactions of the developing countries, when the Stockholm Conference was first proposed in 1968, were mixed and, generally speaking, the favourable response tended to be lukewarm at best⁶⁴.

Prior to the Conference, a meeting was held in Founex, Switzerland, to deal with the perceived tension between environmental protection and economic development. The resulting Founex report concluded that

"the major environmental problems of developing countries are mainly ones of rural and urban poverty. But simply getting high rates of economic growth will not by itself guarantee the easing of the urgent social and human problems. As countries develop, they also need to attain social and cultural goals as part of the development process. Environmental issues thus become part of a wider, more integrated view of the development process »⁶⁵.

During the Stockholm Conference, delegates from most of the developing countries, while commending the draft on the protection

⁶⁴ Asit K. Biswas, "Environment and Law : A Perspective from Developing Countries", in *Workshop of the International Law Academy*, 1984.

⁶⁵ Edith Brown Weiss, "International Law : Common patrimony and Inter-generational equity", in *Workshop*, 1984.

of the human environment, emphasized that the damage to the world's eco-system was, above all, the result of past practices of industrialized countries which were, therefore, under the obligation to shoulder the principal financial burdens. It was also pointed out that about 90 per cent of the world's pollution or the destruction of its environment could be laid at the door of those countries.

Even though the importance of putting a halt further damage to the environment was fully recognized, the priority for the greater part of the world's population lies in a substantial betterment of their living conditions so that people can enjoy certain fundamental human rights, such as to buy food and clothes, to have a home, medical care, social assistance, education and work. To people lacking these elementary rights, the protection of the human environment is an issue of minimal importance.

These preoccupations of the developing countries were voiced in Stockholm and figure prominently in the Declaration of the Human Environment and in the preamble it is pointed out that

"in the developing countries most of the environmental problems are caused by under-development. Millions continue to live far below the minimum level required for a decent human existence, deprived of adequate food and clothing, shelter and education, health and sanitation. Therefore, the developing countries must direct their efforts to development, bearing in mind their priorities and the need to safeguard and improve the environment".

These ideas are spelled out in principles 9, 10, 11, 12, 16, 20 and 23, even though the legal implications of most of them are controversial.

The main virtue of the Declaration was to recognize that the ecological problems facing the developing world and the relevant solutions differ from those of industrialized countries. But to advocate a different set of rules for the developing countries, which might be construed as recognizing in a certain sense the right to pollute, is undesirable. The rules of existing international law on the protection of human environment are sufficiently soft for any country to live with. The adoption of permissive rules, together with a lack of vision of a government, may oblige a developing country subsequently to incur heavy expenses and even misery, which could be avoided. The most important contribution to

achieving the environmental goal is to be found in the preamble where we read that "international cooperation is also needed in order to raise resources to support the developing countries in carrying out their responsibilities in this field". Principle 12 develops this idea and recognizes "the need for making available to them, upon their request, additional international and financial assistance for this purpose".

Sette-Camara feels that future international legislation

"should contain special provisions concerning developing countries which would recognize their particular situation, as they struggle with enormous difficulties to promote the exploitation of their natural resources. Certain patterns of control and abatement of pollution, which are extremely costly to maintain, should not be inflexibly extended to developing countries, on a par with industrialized States. After all, the latter have been polluting their international rivers for centuries, building up their economic might, regardless of the quality of the water of the rivers"⁶⁶.

With respect to air pollution, suffice it to mention that in the United States the replacement of oil-burners by coal-burners in the new coal-filter plants, expected to number 350 by the year 2000, will involve the spending of 10 billion dollars to equip them with scrubbers. There is no doubt that a comprehensive programme to prevent acid rain would attain astronomic figures, which explains in part the reluctance of the government to accept the conclusions of most scientists.

A further argument, aimed at giving developing States a special treatment, is made by Professor Eckard Rehbinder, who remarks that

"there is a latent conflict between international trade and environmental protection. Environmental policy",

he adds,

"is interventionist policy which, in the case of national product requirements (such as requirements for maximum pesticide concentration levels in foodstuffs, approval procedures for chemicals, or labelling and packaging provisions) creates non-tariff barriers to trade..." Consequently, "access of exporting States, especially of deve-

⁶⁶ *Sette-Camara, op. cit.*, p. 47.

loping countries, to the market of the importing State is rendered more difficult" ⁶⁷.

Certain desirable improvements in the field of medicine and sanitation can have an unexpected environmental back-lash. Thanks to the enormous progress observed, infant mortality has diminished and human existence prolonged. But in many developing countries this welcome phenomenon is linked to the population boom and the mushrooming of shanty towns with a consequential environmental damage and biodegradable pollution.

An issue not foreseen in 1972 was the impact of the debts of some developing countries on their capacity to cope with pollution and the protection of the environment. Brazil, for example, which managed in the past to protect its forests, refusing to open them up to foreign exploration, can barely pay the salaries of the few employees entrusted with their protection and plans to increase their number and equip them with the necessary surveillance material have had to be put off. Even the extinguishing of fires in the vicinity of its principal cities has proved a difficult task. Simultaneously, Brazil, forced to bolster its foreign exchange in order to pay its enormous debts, opened up large tracts of land to be exploited in order to increase soybean and sugar cane plantations. In short, the authorities are in a quandary: on the one hand, in order to meet the drastic conditions established by the International Monetary Fund, it must cut down all expenses and increase its exports; on the other hand, in international organizations with environmental programmes, such as UNEP, the adopted recommendations are precisely in the opposite sense.

10. *Pollution and human rights.*

One cannot dissociate the protection of the environment from human rights ⁶⁸. Principle 1 of the Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment is quite clear:

"Man has the fundamental right to freedom, equality and

⁶⁷ "Environmental Protection and the Law of International Trade", in *Workshop*, 1984.

⁶⁸ W. Paul Gormley, "Human Rights and Environment: the need for International Co-operation", Leiden, 1976.

adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations”.

During the discussions that led to the adoption of the Athens Resolution on the Pollution of Rivers and Lakes and International Law this issue was brought up continuously. In the *questionnaire* submitted to the members of the then 15th Commission, the Rapporteur asked :

« Admettez-vous que le droit à la protection de l'environnement n'est pas seulement un droit des Etats, mais aussi... un droit de l'homme ? »

The replies showed that on this issue the members had completely different opinions: *Myres McDougal* and *Edward McWhinney* answered affirmatively, while *C.A. Colliard* and *Sir Robert Jennings* were quite categorical in their rejection of the idea :

« Je ne pense pas qu'il y ait un avantage à faire de ce droit un droit de l'homme... Il faut écarter cette question qui ne peut qu'obscurcir toute étude »,

and

“ To say that the protection of the environment is one of the rights of man may on certain occasions be a useful rhetorical device. But it will not solve any practical problem, and it is of doubtful service to the rights of man ”⁶⁹.

As a result, the draft submitted in Athens avoided the issue. At a later stage the Commission decided to propose a new article which was accepted, without discussion, *ipsis litteris*.

The Rapporteur of the 20th Commission saw no special advantage in the adoption of article IX, which in his view does not fit into the text, but at the same time he sees no strong reason for the Institute to abandon the stand taken in 1979 when the article was approved almost unanimously.

11. Conclusion.

The members of the 20th Commission will have realized by now that, in the opinion of their Rapporteur, the Institute should

⁶⁹ *Annuaire I.D.I.*, 1979, vol. 58, part I, pp. 296 and 299.

adopt a Resolution on transfrontier air pollution along the lines of the Resolution adopted in Athens in 1979 on the pollution of rivers and lakes. Such a procedure should, however, be preceded by a conscientious re-examination of the 1979 text in order to check which of its provisions stand and how to adapt some of them to the specific issue of air pollution, since in many cases they are quite distinct from those on pollution of the sea, rivers and lakes.

As a preliminary observation, and in view of the need to fill in some lacunae, a few words on the basic principles governing the matter should be said, even though *Salmon*, introducing the draft Resolution on the pollution of rivers and lakes, declared that

« La Commission a évité de se perdre dans le maquis théorique des fondements de l'interdiction de porter atteinte à l'environnement »⁷⁰.

Previously, however, the members of the 15th Commission had the opportunity to voice their opinions on five rules or principles aimed at controlling pollution in international law and mentioned in the questionnaire, namely: the principle prohibiting abuse of rights (*sic utere tuo*), the concept of servitude, the good neighbourship principle, the principle of equality of States and the obligation not to cause damage.

According to Professor Johannes Lammers, the list is much larger and there are more than twenty-seven principles or concepts which have been proposed in international or national State practice, case law or academic writing

" in order to assert, establish or deny the (in)admissibility under international law of a given instance of transfrontier pollution " ⁷¹.

This issue must be raised since, in the formulation of rules on new legal situations, the task of the jurist is painstaking and even the recourse to rules *in statu nascendi* may not be sufficient. In collective bodies such as the Institute, the solution may be to act *de lege ferenda*. In such a case, the rules proposed derive from the basic principle adopted.

The study of the rules and principles which have been resorted

⁷⁰ *Ibid.*, part II, p. 107.

⁷¹ J. Lammers, in *Workshop*, 1984.

to show that the more important ones generally overlap. *Sette-Camara*, for example, is of the opinion that "principle 21 is nothing but a modern and updated formula of the old *sic utere tuo*"⁷², which does not exclude the play of some of the other principles relating to the subject.

In those new domains opened up by scientific and technological break-throughs, doctrine is called to play an important role. In the formative period, the writings of Grotius, Bynkenshoek, Gentile, Vattel and others were decisive and their heritage was a reasonably harmonious set of rules accepted by the "civilized nations". In a certain sense, we are faced in a given number of fields, such as environmental pollution, with a situation quite similar to that which the classical authors had to tackle.

It has been argued that doctrine « n'a pas le pouvoir de créer le droit »⁷³. But the same argument equally applies to judicial decisions⁷⁴.

Even though the individual opinions of authors may be biased, governments cannot ignore the principles which they preach when a unanimous or almost unanimous approach to a given subject is reflected in the writings of authoritative publicists from various different countries⁷⁵.

The importance of certain organizations, such as the Institut de Droit international, cannot be denied and the resolutions of the latter have played and continue to play a decisive role in the formation of international law.

At present, the most important doctrinal work is that of the International Law Commission, which under its Statute is entrusted not only with the codification of international law but also with its

⁷² *Annuaire I.D.I.*, 1979, vol. 58, part I, p. 308.

⁷³ Marcel Sibert, « Droit international public », vol. I, Paris, 1954, p. 38. In the same sense: Charles Rousseau, « Droit international public », vol. I, Paris, 1970, p. 366; and Ian Brownlie, "Principles of Public International Law", 2nd edition, Oxford, 1973, p. 25.

⁷⁴ Paul Fauchille, « Traité de Droit international public », vol. I/1, Paris, 1922, No. 57, p. 53.

⁷⁵ Angelo Sereni, "Diritto Internazionale", vol. I, Milano, 1956, p. 165; Manuel Diez de Velasco, "Instituciones de Derecho Internacional Público", vol. I, 5th ed., Madrid, 1980, p. 96.

progressive development. According to *R.R. Baxter*, "put bluntly, *progressive development* means change"⁷⁶. We would formulate the rule otherwise: Article 15 of the Statute gives to the ILC the necessary latitude to fill in the existing lacunae in a given field, where customary international law does not offer satisfactory guidelines. In most of the draft articles on consular relations and on the law of treaties, the International Law Commission acted *de lege ferenda*. In both cases the conventions signed in Vienna in 1963 and 1969 endorsed the proposed articles. It can validly be argued that the drafts were of doctrinal nature and constitute, in the long run, a source of international law.

Roberto Ago, in the course given in 1971, did not hesitate to say that even before its definite entry into force the 1969 Convention already possessed an importance which could not be underestimated⁷⁷.

International lawyers and diplomats are no longer capable of coping with all these new problems in which a profound scientific knowledge is indispensable. The spadework must be done by scientists and jurists, in association with the scientific organizations under whose aegis the innovations are carried out. But the very valid contributions of such experts, quite often with a legal background in other fields of law, have a drawback, namely that the problems are considered from a sectorial point of view, i.e. not in the framework of international law as a whole. In other words, it is up to organizations such as the Institut de Droit International to re-formulate decisions taken in order to bring them into harmony with international law as a whole⁷⁸.

Vienna, December 1984.

⁷⁶ R.R. Baxter, "Treaties and Custom", in *R.C.A.D.I.*, vol. 129, 1970, p. 67.

⁷⁷ Roberto Ago, « Droit des Traités à la lumière de la Convention de Vienne » in *R.C.A.D.I.*, vol. 134, 1971-III, p. 329.

⁷⁸ G.E. do Nascimento e Silva, "The Influence of Science and Technology on International Law", in *German Yearbook of International Law*, vol. 27, 1984, p. 176.

Annex II

*The Pollution of Rivers and Lakes and International Law*¹

The Institute of International Law,

Recalling its Resolutions of Madrid in 1911 and of Salzburg in 1961 :

Conscious of the multiple potential uses of international rivers and lakes and of the common interest in a rational and equitable utilization of such resources through the achievement of a reasonable balance between the various interests ;

Considering that pollution spread by rivers and lakes to the territories of more than one State is assuming increasingly alarming and diversified proportions whilst protection and improvement of the environment are duties incumbent upon States ;

Recalling the obligation to respect the sovereignty of every State over its territory, as a result of which each State has the obligation to avoid any use of its own territory that causes injury in the territory of another State,

Hereby adopts the following articles :

Article I

1. For the purpose of this Resolution, "pollution" means any physical, chemical or biological alteration in the composition or quality of waters which results directly or indirectly from human action and affects the legitimate uses of such waters, thereby causing injury.

2. In specific cases, the existence of pollution and the characteristics thereof shall, to the extent possible, be determined by referring to environmental norms established through agreements or by the competent international organizations and commissions.

3. This Resolution shall apply to international rivers and lakes and to their basins.

¹ Resolution adopted in Athens on 12 September 1979.

Article II

In the exercise of their sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and without prejudice to their contractual obligations, States shall be under a duty to ensure that their activities or those conducted within their jurisdiction or under their control cause no pollution in the waters of international rivers and lakes beyond their boundaries.

Article III

1. For the purpose of fulfilling their obligation under Article II, States shall take, and adapt to the circumstances, all measures required to :

(a) prevent any new form of pollution or any increase in the existing degree of pollution ; and

(b) abate existing pollution within the best possible time limits.

2. Such measures shall be particularly strict in the case of ultra-hazardous activities or activities which pose a danger to highly exposed areas or environments.

Article IV

In order to comply with the obligations set forth in Articles II and III, States shall in particular use the following means :

(a) at national level, enactment of all necessary laws and regulations and adoption of efficient and adequate administrative measures and judicial procedures for the enforcement of such laws and regulations ;

(b) at international level, co-operation in good faith with the other States concerned.

Article V

States shall incur international liability under international law for any breach of their international obligations with respect to pollution of rivers and lakes.

Article VI

With a view to ensuring an effective system of prevention and of compensation for victims of transboundary pollution, States should conclude international conventions concerning in particular :

(a) the jurisdiction of courts, the applicable law and the enforcement of judgments ;

(b) the procedure for special arrangements providing in particular for objective liability systems and compensation funds with regard to pollution brought about by ultra-hazardous activities.

Article VII

1. In carrying out their duty to co-operate, States bordering the same hydrographic basin shall, as far as practicable, especially through agreements, resort to the following ways of co-operation :

(a) inform co-riparian States regularly of all appropriate data on the pollution of the basin, its causes, its nature, the damage resulting from it and the preventive procedures ;

(b) notify the States concerned in due time of any activities envisaged in their own territories which may involve the basin in a significant threat of transboundary pollution ;

(c) promptly inform States that might be affected by a sudden increase in the level of transboundary pollution in the basin and take all appropriate steps to reduce the effects of any such increase ;

(d) consult with each other on actual or potential problems of transboundary pollution of the basin so as to reach, by methods of their own choice, a solution, consistent with the interests of the States concerned and with the protection of the environment ;

(e) co-ordinate or pool their scientific and technical research programmes to combat pollution of the basin ;

(f) establish by common agreement environmental norms, in particular quality norms for the whole or part of the basin ;

(g) set up international commissions with the largest terms of reference for the entire basin, providing for the participation of local authorities if this proves useful, or strengthen the powers or co-ordination of existing institutions ;

(h) establish harmonized, co-ordinated or unified networks for permanent observation and pollution control ;

(i) develop safeguards for individuals who may be affected by polluting activities, both at the stages of prevention and compensation, by granting on a non-discriminatory basis the greatest access to judicial and administrative procedures in States in which such activities originate and by setting up compensation funds for ecological damage the origin of which cannot be clearly determined or which is of exceptional magnitude.

Article VIII

In order to assist developing States in the fulfilment of the obligations and in the implementation of the recommendations referred to in this Resolution, it is desirable that developed States and competent international organizations provide such States with technical assistance or any other assistance as may be appropriate in this field.

Article IX

This Resolution is without prejudice to the obligations which fundamental human rights impose upon States with regard to pollution occurring in their own territories.

Annex III

Questionnaire relating to transfrontier air pollution

1. Should the 20th Commission try to mould its conclusions on the Athens Resolution on "The Pollution of Rivers and Lakes and International Law"?

2. In such a case, which articles could be accepted, *mutatis mutandis*, and which should be reformulated?

3. In the formulation of the Athens Resolution, the main rules and principles relating to pollution were examined and the Resolution included in the preamble a modified version of principle 21 of the Stockholm Declaration. Should a similar approach be taken or should another basic principle be invoked?

4. In your opinion should the terms of reference be maintained, or would you prefer "Transboundary Air Pollution and International Law" or any other title?

5. Should the Commission take up air pollution even in those cases in which it is almost impossible to determine the pollutant State?

6. The 1979 Resolution took up the issue of responsibility. Should a Resolution on transfrontier air pollution do likewise? In this case, should it limit itself to a general formulation of the rule of international responsibility?

7. Pollution of the air can frequently be linked to ultra-hazardous activities. Should the Resolution dedicate a special article to such activities or adopt the 1979 approach?

8. In the study of pollution of the air, three issues stand out, namely the so-called "nuclear winter", the damage to the ozone layer and the effects of acid rains. Should the Resolution contain specific articles on each of these issues; on one or two; make a reference to them in the preamble, or simply not touch upon them?

9. Should rules on nuclear pollution be included? If in the affirmative, should the question of environmental damage due to nuclear explosions and pollution from nuclear reactor be touched upon?

10. Article 19, paragraph 3 d, of the draft adopted by the international Law

Commission in 1976 deals specifically with the safeguarding and preservation of the human environment, considering certain cases as international crimes. Should it be incorporated in the Resolution ?

11. Taking into account the lapse in time since 1979, do you think that international law has progressed in the field of international co-operation in the case of air pollution ?

12. As a corollary of question 11, do you think that there is an obligation to consult, inform, warn, or take other measures ?

13. Should an article on environment and human rights be adopted along the lines of Art. IX of the 1979 Resolution ?

14. Should other issues be included in the Rapport Provisoire ? In this case, should a new *questionnaire* be circulated to the members of the Commission ?

Annex IV

Observations of Members of the Twentieth Commission in reply to the Preliminary Exposé and Questionnaire

1. *Observations of Mr Louis Henkin*

New York, January 31, 1984

1. Yes. The Athens Resolutions was adopted after full consideration and it seems wise for us to build on it, adapting it as necessary.

2. All of the articles of the Athens Resolution can be adapted *mutatis mutandis*. Reference in the Athens Resolution (preamble) to a "common interest in a rational and equitable utilization" of natural resources and "a reasonable balance between the various interests" may have to be modified. Also, air pollution is ordinarily the result of a state's use of its territory that is permissible under international law and its "use" of the air in such activities may not be wholly analogous to an industrial use by one state of an international river, e.g. by dumping. Such differences, however, do not preclude use of the Athens Resolution as model.

Article VII refers to "States bordering the same hydrographic basin". We may wish to consider the notion of an "air basin" analogous to a hydrographic basin, in which, for climatic-weather reasons, pollution affects other states and creates responsibility to them and obligations of cooperation with them. The alternative is to speak of "near-by states"; the possibility of responsibility *erga omnes* cannot be discounted, especially if the spread of air pollution throughout the globe is foreseeable.

3. I recommend an approach similar to that of 1979; we would restate the principles of law governing inter-state responsibility for pollution, as application of more general principles of state responsibility under international law.

4. I sympathise with your desire to avoid some of the problems of global pollution (pp. 199-200 of your *exposé*) but in my view changing the title will not be enough to achieve the result; in any event, to the general reader the narrower scope will not be clear from the narrower title you propose. I see no objection to changing the title as you propose although one could also retain the terms of reference as given and narrow their scope by definition in the eventual Resolution.

More important is the scope of our undertaking. In my view the Resolution should address all man-made pollution originating in the territory of a state, or in places or by persons subject to its jurisdiction, as well as all injuries due to such pollution in areas subject to another state's jurisdiction (including its coastal zones). It might be desirable also to say something about injury to the "commonage", at least the high seas; outer space and Antarctica could be left to others.

5. It would be desirable to say something about pollution when it is impossible to identify and determine the polluting state. In those circumstances, while it is, of course, impossible to hold any particular state responsible for any resulting injury, one can nonetheless consider obligations to cooperate; cooperation to give information and to allow access to information, and to take measures to meet pollution or the threat of pollution, might exist even if responsibility for pollution is not proven.

6. A resolution on transfrontier air pollution should address international responsibility in general terms analogous to those in the 1979 Athens Resolution; but it would be more meaningful, and helpful, if the Resolution restated the general principles of responsibility as they would be applied to pollution, and to air pollution in particular.

7. It seems useful to give fuller treatment (and a special article) to the problem of ultra-hazardous activities, with special attention to nuclear power. But the concept of ultra-hazardous activity might have to be redefined in the light of new technological developments and new scientific knowledge, keeping in mind the reason for the law's special treatment of such activity; perhaps the concept has special meaning for our subject now that we know about acid rain and damage to the ozone layer.

8. The Resolution might refer to "nuclear winter", damage to the ozone, acid rain, in the preamble, but we do not yet know enough about nuclear winter or damage to the ozone layer to deal with them in specific articles; we know a bit more about acid rain, now recognized as a present and known phenomenon, not merely a hypothetical, potential or uncertain one. Whether acid rain should have a special article is less clear but it has to be kept in mind when the relevant articles are being formulated; we might leave the question open until we see what we have to say about it.

9. Yes, we would be remiss if we did not address nuclear pollution and environmental damage due to nuclear explosion and reactor pollution, perhaps as a special instance of ultra-hazardous activity.

10. Article 19 of the 1976 ILC Report is highly controversial and its status uncertain. I do not see what is to be gained by injecting the notion of international crimes into the present subject.

11. In my view, international law has become firmer since 1979, and there

is a greater willingness to recognize an obligation to cooperate, notably in respect of marine pollution, which should apply to air pollution too.

12. Yes, there is an obligation to consult, inform, warn, and to co-operate to prevent or terminate air pollution as there is in respect of marine pollution.

13. Yes, an article on the environment and human rights, along the lines of Art. IX of 1979 Resolution, would seem appropriate, and failure to include it might be misconstrued.

14. I should be disposed to say something about

(a) the obligation of the responsible state, alone and in cooperation with others, to take preventive measures when there is a *threat* of pollution ;

(b) private remedies and their relation to inter-state remedies.

Though the proposed definition limits our subject to man-made pollution (see 4 above), there may be an obligation on a state, alone or in cooperation with others, to consult, inform and warn even as to natural pollution, and perhaps to take practicable measures to prevent injury to others. If we are agreed on the principle, might we say something about it if only briefly?

Louis Henkin

2. Observations de M. Jean Salmon

Bruxelles, le 4 mars 1985

Mon cher Confrère,

Laissez-moi tout d'abord vous féliciter et vous remercier pour le bel exposé préliminaire que vous avez préparé sur le problème de la pollution de l'air à travers les frontières nationales.

Je puis partager votre position de principe que l'on peut s'inspirer de la résolution d'Athènes relative à la pollution des fleuves pourvu que l'on procède aux adaptations nécessaires (en plus ou en moins).

Il y a sans doute des différences entre ces deux types de pollution. La pollution des fleuves est plus aisément perceptible géographiquement. Le fleuve étant à la fois l'objet et le véhicule, la pollution se circonscrit au fleuve lui-même puis à la mer qui le reçoit (pollution maritime d'origine tellurique). La pollution de l'atmosphère est spatialement beaucoup plus diffuse. Elle peut atteindre n'importe quel point du globe et elle rejoint les limites de l'espace extra-atmosphérique (la couche d'ozone). De ce fait, la distinction entre la pollution exerçant des effets dommageables dans une zone soumise à la juridiction d'un autre Etat et celle exerçant des effets dommageables dans une zone non soumise à la juridiction d'un autre Etat ne me paraît pas pouvoir être exagérée. De ce point de vue, c'est l'analogie avec la pollution de l'environnement marin

qui doit à mon sens retenir notre attention, plutôt que celle des fleuves et des lacs.

Les problèmes relatifs à la preuve de l'origine du dommage et le phénomène de cumul des causes déjà présentes pour les fleuves prennent ici une dimension bien plus grande. On est loin de l'aisance qui permet à l'Etat d'aval de désigner la source de pollution dans l'Etat amont. Les courants atmosphériques répugnent à l'univocité.

Dans ces conditions, j'ai le sentiment que l'aspect international de la lutte contre la pollution est plus nécessaire ici que partout ailleurs.

L'approche que l'on adopte à l'égard d'un domaine particulier du droit de l'environnement est tributaire, et c'est normal, de la préexistence dans ce domaine d'une réglementation internationale. Est-ce une impression, mais il me semble qu'ici plus que pour les fleuves se pose la question de l'utilisation pacifique de l'espace considéré. C'est bien pourquoi vous envisagez, à juste titre me semble-t-il, l'« hiver nucléaire ». Quoique l'Institut puisse être tenté de se voiler les yeux devant des questions de ce genre, j'estime que son devoir est de prendre fermement position sur quelques aspects limités mais fondamentaux de la question.

Il y a d'ailleurs assez de règles dans ce domaine : l'interdiction des expériences nucléaires dans l'atmosphère, l'interdiction de certaines armes susceptibles d'empoisonner l'air : le protocole de Genève du 17 juin 1925 concernant la prohibition d'emploi, à la guerre, de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires...

Dans cet ordre d'idée, il convient encore de mentionner la convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles ouverte à la signature à Genève le 18 mai 1977 ainsi que les articles 35 alinéa 3, 55 et 56 du Protocole I de Genève du 10 juin 1977.

Par ces quelques références je n'entends pas vous suggérer d'entreprendre l'étude d'un nouveau sujet mais vous soutenir dans les orientations que vous indiquez. Les règles du droit de l'environnement ne disparaissent pas en cas de conflit armé et des atteintes spécifiques à l'environnement sont donc considérées comme des crimes. A une époque où des conflits internationaux localisés ne cessent de prendre une ampleur de plus en plus considérable, il s'impose de saisir l'occasion pour rappeler, au surplus, le droit à l'intégrité territoriale des neutres et plus généralement des non-belligérants.

C'est sous le bénéfice de ces quelques considérations générales que je réponde maintenant à votre questionnaire.

1. Oui, *mutatis mutandis*.

2. Au préambule, il faudrait conserver les 3^e et 4^e alinéas.

Article I : § 1. à adapter ;
 § 2. à conserver ;
 § 3. à modifier évidemment ;

Article II : à adapter ;

Article III : à conserver ;

- Article IV : *idem* ;
Article V : *idem* ;
Article VI : *idem* ;
Article VII : à adapter ;
Article VIII : à conserver ;
Article IX : à conserver.

3. Le principe indiqué au quatrième alinéa du préambule ne provient pas, à mon souvenir, du principe 21 de Stockholm mais bien d'un principe plus général que l'on trouve dans l'arrêt de la C.I.J. dans l'affaire du *Détroit de Corfou* et la sentence arbitrale dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*.

C'est l'article II de la résolution d'Athènes qui comprend le principe 21 adapté.

Quoi qu'il en soit, je pense que le quatrième alinéa du préambule peut être conservé même s'il ne recouvre pas tout le champ d'investigation qui sera retenu par nous.

4. Si je me réfère à la discussion engagée dans la troisième section de votre exposé préliminaire, les travaux de notre Commission peuvent être envisagés au point de vue spatial, soit restrictivement (simplement la pollution affectant une zone soumise à la juridiction d'un autre Etat ou transfrontière *stricto sensu*), soit largement (aussi la pollution affectant les zones non soumises à la juridiction d'un autre Etat).

C'est sans doute la position restrictive qui a été adoptée par la Convention de Genève du 13 novembre 1979. Je regretterais personnellement qu'on l'adopte car les effets dommageables de la pollution atmosphérique à longue distance ne changent pas de nature selon qu'ils affectent ou non une zone soumise à la juridiction étatique.

Il est certain que l'obligation de ne pas polluer certaines zones en dehors de la juridiction des Etats est fermement établie notamment pour l'Antarctique, l'espace, et la haute mer. Pour ce qui concerne celle-ci, la Convention de Montego Bay envisage la question aux articles 212 et 222. Plusieurs conventions régionales traitent de la question comme une forme de pollution d'origine tellurique ainsi les articles 5 et 6 de la Convention sur la protection de la Baltique du 22 mars 1974, l'article 6 de la Convention régionale du Koweït du 24 avril 1978 et l'article 6 de la Convention sur la mer Rouge et le golfe d'Aden du 14 février 1982.

Les autres conventions régionales traitant de la question disposent en un bref article que les parties contractantes prendront toutes les mesures appropriées pour prévenir, réduire et contrôler la pollution de la région envisagée provenant d'émissions dans l'atmosphère résultant d'activités sous leur juridiction (par ex. art. 9 de la Convention sur l'Afrique de l'Ouest et l'Afrique centrale du 23 mars 1981 et l'art. 9 de la Convention sur la protection de la région des Caraïbes du 23 mars 1983).

Toutes les règles sur les mesures à prendre pour faire cesser la pollution affectant ces régions devraient pouvoir être réaffirmées par l'Institut.

La seule vraie différence concerne les problèmes de responsabilité. Les régions en dehors de la juridiction nationale n'ont pas, au stade actuel du droit international, d'organes pour faire assurer le respect des obligations qui les concernent. Cette caractéristique ne rend que plus nécessaire la réaffirmation que ces régions doivent aussi être protégées.

Je ne suis pas du tout convaincu par l'argument de la difficulté de preuve car il n'est ni plus facile ni plus difficile de prouver la part de la R.F.A. dans la pollution atmosphérique de la Scandinavie que de prouver la part du même Etat dans la pollution atmosphérique de la mer du Nord.

5. Oui, pour les mêmes raisons. La difficulté de preuve n'affecte que la réclamation fondée sur la responsabilité. Elle est étrangère aux obligations de ne pas porter atteinte de manière dommageable à l'environnement qui peuvent être affirmées en toute occurrence.

6. Probablement. La difficulté des preuves peut cependant induire à proposer des fonds d'indemnisation fondés sur le risque.

7. Difficile à répondre à ce stade.

8. Les trois questions me paraissent devoir être couvertes par notre résolution. Le point de savoir si elles doivent faire l'objet d'articles spécifiques dépend de choix relatifs à la structure de la résolution qu'il est sans doute difficile d'effectuer à ce stade.

Ce qui est en revanche essentiel, c'est de décider de couvrir ces trois questions de manière appropriée dans les divers articles de la résolution.

C'est ainsi qu'il peut apparaître souhaitable de prévoir ce que nous n'avions pas fait à Athènes : un article sur la protection de l'environnement atmosphérique en cas de conflit armé (voyez ci-dessus l'introduction) spécifiant que la situation de conflit armé ne dispense pas les parties au conflit de respecter l'environnement.

On peut aussi être amené à regrouper les zones ne tombant sous la juridiction d'aucun Etat comme patrimoine commun de l'humanité et envisager qu'à défaut de réclamation fondée sur la responsabilité internationale, une *actio popularis* soit reconnue à tout Etat, ou tout Etat intéressé, pour veiller à ce que les obligations internationales touchant ce patrimoine soient respectées.

9. La question des expériences nucléaires dans l'atmosphère devrait être traitée. En revanche, les problèmes de pollution résultant d'accidents affectant des réacteurs nucléaires seraient peut-être suffisamment couverts par des dispositions analogues à celles des articles III, § 2, VI b) et VII de la résolution d'Athènes.

10. Nous n'avons pas insisté pour maintenir une référence à l'article 19 3 d) du projet de la C.D.I. de 1976 sur la responsabilité internationale, car l'hypothèse paraissait difficilement applicable aux fleuves et aux lacs. La situation est tout à fait différente ici. La question devrait être développée surtout si l'on envisage de traiter du conflit armé (voir ci-dessus réponse à la question n° 8).

11. et 12. Probablement. Les dommages que causent d'ores et déjà les pluies acides, les menaces qui planent sur la couche d'ozone conduisent les Etats à prendre conscience de la nécessité d'une plus grande coopération interétatique.

13. L'aspect droits de l'homme de la question est peut-être plus affirmé que pour les fleuves et les lacs.

Je pense à cet égard à la protection des droits des travailleurs qui a fait l'objet de plusieurs conventions de l'O.I.T. notamment n^{os} 115, 136, 139 et 148.

Il faudra peut-être renforcer l'article IX de la résolution d'Athènes.

14. A part l'hypothèse des conflits armés développée ci-dessus, je ne vois pas de questions à mentionner particulièrement. Il vous appartiendra de voir s'il faut adresser aux membres de la Commission un autre questionnaire. Mais cela n'est peut-être pas nécessaire vu que notre Commission peut se réunir à Helsinki.

A ce propos la vingtième Commission est bien réduite. Ne devriez-vous pas tenter des expériences de séduction à l'égard des membres qui ont montré de l'intérêt pour la question ? A cet égard, j'ai constaté que notre confrère Ronald St. J. Macdonald était à l'origine des travaux d'Irène H. Van Lier sur *Acid Rain and International Law*. Peut-être pourrait-il participer ne fût-ce qu'officieusement à nos délibérations ? Un point de vue canadien est utile en ces matières. Même observation pour les Scandinaves, notre confrère Hans Blix ne pourrait-il pas nous apporter une aide précieuse ?

En vous remerciant encore pour votre exposé préliminaire et en vous exprimant mes meilleurs souhaits pour la suite de vos travaux, je vous prie de croire, cher Confrère, à l'expression de mes sentiments très dévoués et les meilleurs.

Jean J.A. Salmon

3. *Observations of Mr Ignaz Seidl-Hohenveldern*

Wien, 20 January 1986

Dear Geraldo,

Please accept my best thanks for having sent me your excellent preliminary report. I found it so stimulating that I would be very glad to serve on your Commission. By same mail I am submitting this request to our Secretary-General.

1. I fully agree with you that the 20th Commission should stick as closely as possible to the model of the 1979 Resolution. There are pragmatical and policy reasons for doing so. Given the limited time at our disposal, we otherwise would be unable to cope with the subject. For policy reasons, it would be impossible to fall back behind our statements approved in 1979. For

this reason, I would not like to re-open the fight to insert the word "substantial" before "pollution" in Art. II — in spite of the fact that I approve Lammers, *op. cit.*, p. 536-537, criticizing the 1979 Resolution on this account. However, I believe that, anyhow, the words "no air pollution" will have to be understood *cum grano salis*. After all, even breathing pollutes the air. From the remarks on p. 197 of your report, I assume that you, too, are of this opinion.

2. In general, I'd accept the articles as they stand. If we have enough time, we should deal more closely with Art. V on responsibility (*cf.* your questions 6 and 10). The rights and duties of developing States should be treated more thoroughly than in Art. VIII.

Art. VII para. 1 (*f*) should be moved up to Art. VI as VI (*c*) as uniform standards appear essential in preventing and abating air pollution. Two issues should be dealt with under this heading: could a State depart from a uniform standard in order to improve even more the protection of the environment or is uniformity to be achieved even at the price of not reaching anything better than the lowest common denominator? If we enter into this discussion we then will be hardly able to avoid to discuss also the indirect obstacles to trade caused thereby, as signalled by Rehbinder quoted in your report.

3. In spite of Lammer's criticism, *op. cit.* p. 536 I approve the modification of principle 21 of the Stockholm Declaration and its inclusion in the preamble. In view of the fact that air pollution often is not merely a matter of dispute between neighbouring sovereign States, but may assume global proportions (*e.g.* ozone layer) I wonder whether a reference to the common heritage of mankind should not be added to the preamble.

4. I agree with your preoccupation that pollution « à travers les frontières nationales » is a too restrictive description of our terms of reference. We have to deal also with pollution spreading from the territory of a State into the high sea and — more important still — into the stratosphere, *i.e. au-delà*, beyond the boundaries of the State concerned. As you see from this comment, I would like your Commission to study also the ozone layer problem. I am, of course, aware of the fact that natural science is still not quite sure whether spray propellants are indeed as dangerous to the ozone layer as some scientists believe. However, if these pessimists are right, dangers resulting from these propellants are so great that we should deal with them in a contingent fashion. We could *e.g.* provide measures for abating this dangers, stating that these measures would have to be adopted only if the just-mentioned apprehensions should be proved correct.

I may appear inconsequential when I agree with you in omitting nuclear pollution from our terms of reference. Air pollution resulting from peaceful uses of atomic energy appears to be adequately dealt with by the experts of the various international organizations concerned with atomic energy, who dispose of much better technical insights than the members of our Institute. As far as nuclear war and the nuclear winter are concerned, there would not

be any one left to comment and to disapprove of this illegality, should it ever occur and should its consequences really be as terrible as most people believe. This sounds fatalistic and terribly pragmatic at the same time. But should we spend time on this somewhat unreal topic, which we could put to better use setting up rules for matters, which surely are minor in comparison to these risks, but where laying down rules may indeed lead to the abatement of pollution?

I should, however, prefer not to add the words "and international law" to the title of the Commission. Pollution has to be fought not only by establishing new rules of public international law. Changes in the domestic conflict of law rules likewise will be of great value in this fight. Cf. e.g. Art. VI para. (a) and Art. VII para. 1 *lit. (i)* of the 1979 Resolution.

5. Yes — especially if we take up the ozone layer problem.

6. Yes, but if we can find time to do so, we should go beyond Art. V of the 1979 Resolution. We could deal e.g. with the following problem: can ultra-hazardous activities be distinguished from other activities? Should there be an obligation in such cases for a State to pay compensation even for damages resulting from licit acts or, at least, to provide in its domestic law that under such circumstances the polluter should compensate even foreign victims of such licit acts? Lammers, p. 641, believes that Art. III, para. 2 of the 1979 Resolution rejects such "strict liability". However, "strict liability" appears at least desirable *de conventione ferenda* pursuant to Art. VI *lit. (b)*. Personally I believe that this problem is better solved by extending, on the one hand, the definition of illicit pollution and, on the other hand, by reversing the burden of proof, i.e. in case of damage resulting from an ultra-hazardous activity the polluter should have to prove that he was not at fault. I also would deem it desirable that a State subsidiarily should be held responsible for damages resulting from such an activity exercised within its territory, however only up to a ceiling sum. I likewise would favour the setting-up of international compensation funds, provided, however, that decisions on the awarding of compensation should be adopted by weighted majority vote, voting rights to be proportionate to the contributions made to the fund.

7. No special article. The most frequent air pollution, acid rain, does not result from activities deemed ultra-hazardous.

8. We should omit discussing the nuclear winter, we should discuss damage to the ozone layer with the proviso mentioned *supra* No. 4 and we should deal with acid rain. However, no special articles appear required. A reference in the preamble will do.

9. No, cf. *supra* No. 4.

10. No. The notion of "international crimes" is still too controversial. Even assuming that the notion as such would have gained general acceptance, our Commission should refrain from referring to it. The only instances where

pollution might indeed be deemed to amount to a crime would be nuclear attacks, which — for pragmatic reasons — we would do better not to include in our terms of reference (*cf. supra* No. 4). Any use of this notion beyond this field would be inflationary. The notion would then soon be as much devalued as the notion of war crimes and genocide. The most real dangers of the environment result from acts which their actors believe to be permissible. It will be a great success if lawgivers will gradually succeed in having pollution generally accepted as something illegal. We are thus far away from any conscious mental attitude to violate norms of the highest importance. However, unless an act is done in this spirit, I should hesitate to qualify this act as an international crime. Last, but not least, recourse to this notion appears to be redundant in the case of air pollution. The main purpose of declaring an action to be an international crime would be to entitle any State, even a State unaffected thereby, to take steps against the culprit State. However, in case of air pollution, *e.g.* of the ozone layer, any State will be affected thereby. Hence, there is no need to have recourse to any such *actio popularis*.

11-12. I believe that the duties enumerated in Art. VII para. 1 *lit. (a) to (d)* are now part of customary international law, even in the absence of relevant treaty provisions.

13. Yes, although the present-day fashion to include such programmatic articles in the Constitutions of States, by itself, is of little help in protecting the environment.

14. Like you, I would like to deal more thoroughly with the problems of developing countries than does Art. VIII. I enclose my article on this topic "The Third World and the Protection of the Environment" which appeared in the *Mélanges* in honour of A. Miaja de la Muela (Madrid 1979), which had escaped even Lammer's notice. In addition to the problems raised by you I should here like to warn against the temptation to rely, yet again, too extensively on "double standards". If Italy rightly objects to fumes from Jenbach (Austria) why should Italy tolerate fumes from Ouidja (Algeria)? If spray propellants indeed damage the ozone layer, why should their use be tolerated in the Third World and prohibited in industrialized States? Last, but not least, developing countries could not claim access to the markets of developed countries for their products, if these products are below the anti-pollution standards established in the developed country concerned, *e.g.* motor bicycles produced in a developing country without the anti-pollution devices now required in many developed States.

I am sure that your questionnaire will provoke many other suggestions for detailed study. It might be useful to submit these questions to all the members of the Commission in the form of an additional questionnaire.

Yours,

I. Seidl-Hohenveldern

4. *Observations of Mr José Sette-Camara*

The Hague, 1 February 1985

Questionnaire relating to transfrontier air pollution

1. Yes. I think the Athens Resolution on "The Pollution of Rivers and Lakes and International Law" was a very good piece of work, realistic, well-balanced and as comprehensive as possible. Definitely the 20th Commission should align its work with the general lines of the 1979 Resolution. After all pollution is pollution and it would be unfortunate for the Institute to adopt recommendations contradicting each other.

2. *Mutadis mutandis*, Articles I, II, III, IV, V, VI, VIII and IX should be retained. Article VII should be recast to cope with the characteristics of the problem entrusted to the 20th Commission, but its principles should be preserved and adapted to the needs of prevention and abatement of transfrontier air pollution.

3. Yes. Principle 21 should be mentioned here again.

4. "Transfrontier Air Pollution" is a satisfactory term and moreover it has already been endorsed by the literature on the subject.

5. I think that this hypothesis should not be considered. If it is impossible to identify the State responsible for the pollution there is no way to deal with any concrete case under international law.

6. Yes. Responsibility is the crux of the problem in inter-state relations concerning pollution and the Resolution could not ignore it. The question of responsibility for risk in the case of ultra-hazardous activities should also be taken up. The disaster of Bhopal, and the possibility of similar accidents affecting neighbouring countries, are to be considered.

7. In this line of thought I believe that a special article should be dedicated to ultra-hazardous activities.

8. Nuclear winter is only an apocalyptic vision of an unthinkable atomic war. The damage to the ozone layer is still the subject of scientific studies. I think the Resolution should not deal with them. But certainly an article on acid rain is indisputable. Acid rain is a major preoccupation of many countries in present days, as the Munich Conference of June 1984 has evidenced.

9. Surely nuclear pollution should be included. Fall-out due to atmospheric explosions by non-signatories of the 1963 Moscow Treaty banning such tests and to possible accidents with nuclear reactors could not be brushed aside.

10. Most certainly massive pollution branded as an international crime by Article 19, paragraph 3 (d) of the draft Articles of the ILC should be discussed with a view to incorporating a corresponding specific provision in the Reso-

lution. In this sense the discussions which took place during the 1984 Florence Conference on State Responsibility and Crimes of States provide a rich material for research.

11. There has been some progress but a lot remains to be done. While the Munich Conference and the Geneva Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution of 13 November 1979 are good examples of international co-operation, some set-backs have occurred in the joint efforts of the United States and Canada due to changes in the American policies on the prevention of acid rain.

12. Consultation, information and warning are certainly good forms of co-operation but I doubt whether they should be considered as a legal obligation *stricto sensu*.

13. An article along the lines of article IX of the Athens Resolution will not be necessary because we are dealing only with transfrontier air pollution.

14. I think the present questionnaire is quite satisfactory.

José Sette-Camara

Air pollution across national frontiers

La pollution de l'air à travers les frontières nationales

(Twentieth Commission)

Final Report

Geraldo E. do Nascimento e Silva

Thanks to the valuable observations of all the Members of the Twentieth Commission * to the Provisional Report, the Rapporteur feels that he is in a position to prepare the Final Report with the corresponding draft Resolution on "Air Pollution across National Frontiers", even though he was unable to participate in the 1985 Session of the Institute in Helsinki, where certainly he would have profited from a debate with the Members of the Commission.

The Commission was entrusted with the task of studying the question of "Air Pollution across National Frontiers". Some hesitation might have existed as regards the title of the topic but it was felt advisable not to change it (see the observations of Walter Rudolf). No doubts were raised as to the final document to be voted on by the Institute, since it was always presumed that the aim was to prepare a resolution on the lines of that on the "Pollution of Rivers and Lakes and International Law" (Athens 1979).

The importance of the subject that the Bureau invited the Twentieth Commission to take up in February 1984 cannot be ignored. If any doubts remained, they were dispelled by the numerous events and statements made after that date, mainly by the nuclear accident in Chernobyl in April 1986.

* See pp. 236 and 270.

The Rapporteur wishes to stress that his aim is not to prepare a text *de lege lata*, since in his opinion the task of codifying international law lies with the International Law Commission while the objective of the *Institut de Droit International* should be to declare what international law should be.

Be that as it may, in the preparation of the Final Report and draft Resolution the Rapporteur realized that the opinions of the other Members of the Commission must be the chief source of the Resolution.

However, in the drafting of this Report, certain important events which occurred after 2 July 1986 cannot be ignored. The repercussions of the Chernobyl nuclear disaster continue to be felt and since then another major environmental disaster occurred, namely the spill at a plant of Sandoz AG in Basel. The spill, which followed a fire on November 1, introduced millions of gallons of water laced with highly toxic herbicides, pesticides and mercury compounds into the Rhine.

A few days later, another Swiss company — Ciba-Geigy — admitted that 400 litres of an herbicide (*Atrazin*) had been accidentally spilt into the Rhine before receiving the necessary treatment. In less than twenty-two days after the Sandoz disaster, a third one occurred when the German company BASF also contaminated the same river with another herbicide.

Even though the Sandoz disaster is an example of pollution of a river, certain overall rules applicable to every kind of trans-frontier pollution can be mentioned and, what is important, represent a further step in the progressive development of international law in the field of the environment.

Switzerland recognized its responsibility and its obligation to pay the necessary compensation. Although the *pollueur-payeur* principle is not part of the Swiss legal system, Mr Alphonse Egli, Head of the Federal Department of the Interior, declared : « Notre système juridique contient suffisamment de dispositions juridiques pour appliquer le principe *pollueur-payeur* » (*Journal de Genève*, 13 November 1986). As in the Chernobyl case, the Swiss authorities were slow in warning the other co-riparians of the spill but promised to act promptly in the future. The duty to negotiate and to adopt norms on the lines of the Seveso directives was equally admitted by Mr Alphonse Egli.

Reference must also be made at this stage to the cataclysm which occurred in the Cameroons in August 1986 and the disaster with the Soviet nuclear submarine in October 1986.

In the field of conventional international law, mention must be made of the two treaties signed in Vienna on 26 September under the aegis of the International Atomic Energy Agency and to the imminent entry into force of the Protocol to the 1979 Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution on the reduction of sulphur emissions or their transboundary fluxes by at least 30 per cent (1985). On 14 November 1986, the parties to the Convention had increased to thirty-one and the Protocol had received thirteen ratifications, while several Governments had indicated their intention to ratify the latter before the end of the year, which made it likely that the Protocol will enter into force early in 1987.

The *ad hoc* Working Group of Legal and Technical Experts for the Elaboration of a Protocol on the Control of Chlorofluorocarbons to the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer resumed its activities in the beginning of December and it is expected that a Protocol on the Control of CFCs or of potential ozone modifying substances other than fully halogenated CFCs will be signed in 1987.

Reference must also be made to the preparatory work of the Seoul Conference of the International Law Association on Legal Aspects of Long-Distance Air Pollution.

In his observations to the *questionnaire*, Prof. Louis Henkin remarked that the proposed definition (which we find in Article 1 of the draft) limits the subject to man-made pollution, even though "there may be an obligation on a State, alone or in co-operation with others, to consult, inform and warn even as to natural pollution, and perhaps to take practical measures to prevent injury to others". The Rapporteur, while understanding the preoccupation of Prof. Henkin, did not follow his suggestion then, mainly because of the difficulty of including an obligation which would entail responsibility. The death of around 1200 persons in August 1986 in the Republic of the Cameroons due to volcanic gas which seeped out through a fissure in the bottom of Lake Nios, next to the border with Nigeria, warrants second thought on this point.

Another suggestion made with regard to the *Exposé Préliminaire* which was not taken up, but not put aside, was the very pertinent observation of Prof. J. Salmon: « Par ces quelques références je n'entends pas vous suggérer d'entreprendre l'étude d'un nouveau sujet, mais vous soutenir dans les orientations que vous indiquez. Les règles du droit de l'environnement ne disparaissent pas en cas de conflit armé, et des atteintes spécifiques à l'environnement sont donc considérées comme des crimes. A une époque où des conflits internationaux localisés ne cessent de prendre une ampleur de plus en plus considérable, il s'impose de saisir l'occasion pour rappeler, au surplus, le droit de l'intégrité territoriale des neutres et plus généralement des non-belligérants. » The Rapporteur was impressed by these considerations but felt that the terms of reference of the Commission did not warrant the taking-up of this very important issue. In the study of the various aspects of the protection of the environment, this topic could be taken up in the future by the Institute.

In the Provisional Report, the question of State responsibility arising out of acts not prohibited by international law was not elaborated upon since in the opinion of the Rapporteur general international law will probably prohibit pollution with the consequential responsibility before the International Law Commission completes its task on the subject. In his letter of September 3, Manfred Lachs agrees with this conclusion since "it (general international law) will probably conduct a series of treaties on specific subjects concerning specific areas and defined sources of pollution while the general principles will continue to be worked out". Referring to the two treaties signed in Vienna on 26 September 1986, he added: "Here then there are two agreements which undoubtedly constitute a step forward in a field in which law was very much behind".

Jean Salmon also endorsed this approach: « Je partage votre point de vue sur l'opinion grandissante selon laquelle les dommages à l'environnement constituent une violation du droit international. »

The question of the "nuclear winter" was broached in the *Exposé Préliminaire* and the Members of the Commission were consulted as to the advisability of including a specific mention of the subject. L. Henkin thought that the Resolution might mention

it in the preamble and Salmon was also in favour of covering the subject. Seidl-Hohenveldern and Sette-Camara, on the contrary, were categorical and the issue was dropped. However, Jean Salmon in his observations to the Provisional Report brought up the subject again, saying : « J'avoue ainsi être perplexe devant le paradoxe qui résulte du fait que vous hésitez à aborder le problème de l'hiver nucléaire qui porterait l'atteinte la plus radicale qui soit à l'environnement. » The Rapporteur, therefore, leaves it up to the Commission to take a final decision on this issue.

At a later stage, possibly during the Cairo session, the order of the articles might be changed. But in order to simplify the comparison of the new draft articles with those submitted in July, the same numbering is maintained in this draft.

*
**

Preamble.

With one exception, the suggestions relating to the preamble do not conflict and can be accepted, should the majority so decide.

The eight preambular clauses will be taken up in the order in which they appear in the July version and not according to their importance.

Jean Salmon suggests the inclusion of the title of the Athens Resolution, a suggestion which the Rapporteur endorses.

The second clause ("Deeply concerned...") has been redrafted in order to take into account the formula proposed by Manfred Lachs : "Deeply concerned by the effects of air pollution on the environment and on human health, on soil, agriculture and production, on the death of forests, the disappearance of many forms of life in lakes and river".

Francis Wolf has doubts with regard to the use of the word "territories" to be found in the third clause and suggests its deletion.

No observations were made as to the fourth clause, but F. Wolf proposed the inclusion of a new preambular clause based on the *Trail Smelter Case*, which would read as follows : "Considering also that no State has the right to use or permit the use of its territory

in such a manner as to cause injury by pollution spread through the atmosphere of more than one State."

In the fifth preambular clause, which deals with nuclear explosions, Sette-Camara and Jean Salmon hold conflicting opinions. Sette-Camara, while agreeing that to halt every kind of nuclear explosion is desirable, feels that "the Institute should avoid treading on such a dangerous ground". Jean Salmon, on the other hand, says: « Le 5^e alinéa me paraît faible. »

Henkin feels that international safeguards should be "open to international inspection". Should the Commission so decide, a reference to "nuclear winter" could be introduced here.

In their observations to the *Exposé Préliminaire*, Seidl-Hohenveldern, Henkin and Salmon were of the opinion that in the preamble reference should be made to the notion of "the common heritage of mankind", or in other words to the high seas, outer space and Antarctica. Walter Rudolf, however, thinks that "in order to avoid possible misinterpretations on the one hand and to grant the largest protection possible to all the regions which are not under the jurisdiction of a State on the other hand, we should examine carefully whether we cannot renounce the reference to the 'common heritage' principle. In any case I do not see any necessity of explicitly mentioning it in the preamble". In spite of the very valid arguments put forward, the Rapporteur joins the other Members of the Commission but calls their attention to the doubts raised by Walter Rudolf.

Article 1. — Definition of pollution.

In his observations to the questionnaire, Louis Henkin remarked that the proposed definition limits the subject to man-made pollution. While agreeing with him, the Rapporteur did not take up the issue, mainly because of the difficulty of conciliating the suggestion with the idea of liability. The death of more than 1200 persons due to a leakage in Lake Nios calls for a reappraisal of this issue, which caught the attention of other Members of the Commission. Walter Rudolf in his observations to Article 1 is categorical: "A reference to natural pollution or injury appears indispensable." Jean Salmon is also favourable, but ponders that « un Etat ne peut être considéré comme responsable d'un phéno-

mène tellurique. En revanche, certaines obligations peuvent peser sur lui quant à la prévention du phénomène ou quant à l'exigence d'avertir les Etats tiers ».

With the widening of the definition so as to include natural pollution, all the rights and obligations enumerated in the Resolution would apply to States with the corresponding responsibility. The way out would be to introduce *escape clauses* which in the long run would weaken the text. Salmon suggests the adoption of an article mentioning those clauses of the Resolution which would apply to pollution due to natural causes. Louis Henkin thinks that "it would not be difficult... to indicate that Article 8 (or some of its sections) and Article 9 are not limited to man made pollution". Draft Articles 8 and 9 will be along these lines.

Another modification of the definition is proposed by Sette-Camara, who asks if "we should not add the word *omission* after *human action*". Justifying this addition, he reminds us that "man is really able to control and abate at least a substantial part of air pollution by employing effective and already tested techniques".

Article 2. — Sovereign right of States to exploit their own resources.

The only substantial modification to Article 2 was proposed by Manfred Lachs and accepted by the Rapporteur, namely that the phrase "and without prejudice to their contractual obligations" be deleted. In support of the deletion, Manfred Lachs adds: "I think that contractual obligations, whenever they may have been entered into, would not constitute a valid excuse for pollution and thus create an obstacle in the implementation of our Resolution."

Sette-Camara considered the addition of the words "areas beyond the limits of national jurisdiction" as being justified for obvious reasons. Walter Rudolf goes one step further in pointing out that "the high seas, outer space and the Antarctic region are in special need of protection because of the alarming increase of the pollution" and suggests that "all States standing up for the protection of those regions should be legally authorized to do so".

Article 3. — Duty to prevent and abate pollution.

Manfred Lachs would like to make article 3 *b* read: "Abate

existing pollution within the shortest possible time limits". This terminology is preferable to that adopted in 1979.

Sette-Camara feels that, as the new text dropped the reference to ultra-hazardous activities which appears in the Athens Resolution, it is not very clear what is meant by "highly exposed areas and environments". In the opinion of the Rapporteur, certain areas and environments are more exposed to pollution not only from hazardous activities but also from normal activities. In the recent spill of toxic herbicides, pesticides and mercury compounds in Basel, the pollution was not caused by ultra-hazardous activities. Some industrial activities present special dangers of pollution by acid rain, especially in areas subject to the same airshed. Perhaps the parallelism with Article III of the Athens Resolution explains the doubts raised and possibly a better drafting can be found.

Article 4. — National and international means for the fulfilment of obligations.

Article 4 retains *ipsis verbis* Article IV of the Athens Resolution and remains unchanged since it did not provoke any remarks from the Members of the Commission.

Article 5. — International liability.

The drafting of Article 5 encounters the same difficulties as those which the Institute faced in drafting the Athens Resolution. To begin with, there is still some doubt as to the need for that article (Manfred Lachs), but as Walter Rudolf points out "in order to avoid contradictions and differences in interpretation with the Athens Resolution of 1979, an article on international liability, which should in no case fall back behind the 1979 regulation, should be inserted".

Louis Henkin raises an important issue: "Article 5 provides for State responsibility only if the State was at fault, *i.e.*, if it failed in its obligations. Is Article 6 intended to hold a State responsible regardless of fault? If so, the second sentence does not say that clearly." The idea behind the adoption of a specific article on ultra-hazardous activities was to adopt stricter rules than for pollution caused otherwise. Thus the interpretation given is valid: in the case of pollution due to ultra-hazardous activities the State shall be responsible, regardless of fault. It should be stressed

that the terminology of Article 5 repeats *ipsis verbis* Article 5 of the Athens Resolution, with the necessary adaptation *in fine*, while the second sentence of Article 6 is taken from sub-paragraph (b) of Article II. Perhaps a better drafting might remove the ambiguity.

Manfred Lachs suggests that the article should read as follows :

» States shall incur international responsibility under international law with respect to pollution of the atmosphere and shall take appropriate measures to this end. »

Should the majority of the Members of the Commission favour this new formulation of Article 5, the Rapporteur would not hesitate to bow to their demand. But at this stage he feels that it would not be advisable to depart from the text adopted in 1979 after a very long debate, which repeats the "formulation classique", to use J. Salmon's words.

Article 6. — Ultra-hazardous activities.

When he proposed a specific article on ultra-hazardous activities, the Rapporteur stressed that, should the 20th Commission think otherwise, the structure of the 1979 Resolution could be re-introduced.

None of the Members of the Commission were against a specific article, but many suggestions were made. Sette-Camara said: "I am in full agreement with the text, although the application of a system of objective responsibility may still offer many difficulties." Walter Rudolf considers a separate article necessary even though "the distinction between ultra-hazardous activities and normal activities might be difficult". In his opinion, the matter is hardly suitable for the development of customary international law and feels that States should be "obliged to enter into international agreements".

Doubts were raised in respect of paragraph 2 and Jean Salmon declares: « Dès lors, j'ai des doutes sur la seconde partie de l'article 6. » Louis Henkin queries "if the article intends to hold a State regardless of fault". Francis Wolf favours « responsabilité absolue ». In 1977, McWhinney was categorical: "Absolute liability should exist in the case of 'ultra-hazardous activities', which might

be allowed to be worked out on an experimental, case-by-base basis, according to evolving world community expectations".

With regard to the terminology adopted, Salmon wonders if instead of "shall" the word "should" would be more appropriate. In the English version of the Athens Resolution we find the word "shall" in Articles III and IV.

In short, this is an article which must be thoroughly discussed by the 20th Commission before submitted to the Plenary of the Institute.

Article 7. — Prevention and compensation.

In his comment on Article 5, Walter Rudolf stressed the difference between States with stringent environmental regulations and those with weaker provisions and calls attention to the importance of sub-paragraph (c) since "the best liability regulations are condemned to fail if there are no formally binding technical standards; the elaboration of such standards must be of the highest importance in the efforts of the community of States as provided for in Article 7 lit. (c) of the draft Resolution".

Following a suggestion of J. Salmon, the phrase "with regard to pollution brought about by ultra-hazardous activities" has been deleted from sub-paragraph (c).

Article 8. — Co-operation between States.

In order to maintain the parallelism between the 1979 Resolution, where the rules mentioned in Article VII apply to the "hydrographic basin", the draft Resolution annexed to the Provisional Report adopted, reluctantly, the term "airshed" which has received a reasonable amount of acceptance, including by the OECD. Three Members of the Commission voiced their misgivings about this expression. W. Rudolf says that "unlike a hydrographic basin it is difficult to imagine an airshed". Louis Henkin feels that airshed "will not be clear to many readers". Manfred Lachs suggests the deletion of the phrase "bordering the same airshed shall, as far as practicable". He reasons that "co-operation in the field of the protection of the environment is so imperative and the pollution of the environment is so far reaching that neighbourhood

and strict State borders cannot constitute a test for the practicability of co-operation. Sometimes States very far removed from one another could assist in the removal of the consequences of pollution, due to their technical capacity and all the assistance they could render. It is for these reasons that I would remove any limitations to the possibilities and methods of co-operation and leave it open for all States to assist a victim of pollution". These judicious arguments justify, in the opinion of the Rapporteur, the deletion of the idea of airshed, likely to limit the scope of the Resolution.

Article 9. — Emergency situations.

The insertion of a specific article on steps to be taken in the event of emergency situations, instead of including this situation in Article 8 on the duties of co-operation, raised no objections.

The Chernobyl nuclear accident justified this change *vis-à-vis* Article VII of the Athens Resolution. It should also be stressed that the duty in question has more legal weight than those enumerated in Article 8, since it can be considered, especially after Chernobyl, as a rule of international law. On that occasion, Secretary of State George Shultz was emphatic : "When an incident has cross-border implications, there's an obligation under international law to inform others and do it promptly." A few months later when a Soviet nuclear submarine was crippled by an explosion about 550 miles east of Bermuda, Mikhail Gorbachev notified Ronald Reagan of the accident the day after it happened (October 1, 1986). The chemical spill at the Sandoz plant on November 1 gave rise to protests from the other co-riparians of the Rhine because of delayed notification. The Swiss authorities promised to act promptly in the future.

In a discussion paper on legal problems of continuous and instantaneous long-distance air pollution which was submitted to the 1986 Seoul Conference of the International Law Association, Prof. Dietrich Rauschnig affirmed that "the duty to inform in cases of emergency involving a risk of transfrontier damage is an undeniable rule of international law. Therefore, its existence does not depend on a future treaty as envisaged in the framework of the International Atomic Energy Agency".

Even though the necessity of a treaty confirming the duty may

be open to discussion, the fact that a Convention on Assistance in the Case of a Nuclear Accident or Radiological Emergency was signed in Vienna on 26 September 1986 gave it added weight. It is symptomatic that it was signed by 58 States and entered into force on 27 October since three States — Czechoslovakia, Denmark and Norway — declared their willingness to apply the Convention provisionally.

Two suggestions were made and accepted to Article 9. Manfred Lachs suggested a redrafting of the first sentence in order to make it more flexible. F. Wolf feels that the phrase "*affected or potentially affected States*" « n'est pas probablement suffisant ». But to oblige a State to inform, directly or indirectly, every other State would be excessive, therefore the word *all* was introduced before the aforementioned sentence.

Article 10. — Nuclear pollution.

Article 10 is the most difficult article placed before the 20th Commission. In their answers to the *questionnaire*, Henkin, Salmon and Sette-Camara were in favour of including an article on nuclear pollution. Only Seidl-Hohenveldern opposed it, but in his observations to the draft Resolution he said: "I am fully in agreement to refer also to nuclear pollution in our report. My original hesitation was due to the fact that I had not counted on disasters of the magnitude of Chernobyl. Accidents of this magnitude involve not merely technical questions to be dealt with by IAEA but should be also of concern to the Institute."

The aim of Article 10 — as well as that of Article 11 — was to show that pollution of the atmosphere can be caused not only by acid rain (the main culprit) but also by nuclear explosions or disaster in nuclear reactors, and also by depletion of the ozone layer. Therefore, Article 10 had to depart from the framework of the Athens Resolution and fall back on international treaties on the subject.

Some objections were made with regard to the draft article. Jean Salmon phrased his objections perfectly: « J'ai aussi plusieurs hésitations à propos de cet article, qui me paraît insuffisant par certains aspects, trop ambitieux par d'autres. » Sette-Camara, endorsing his previous position, said: "While agreeing that Article 10

contains a legitimate *desideratum*, I believe that it should be dropped."

To sum up the very important and pertinent observations of the Members of the Commission would be difficult since there would be a danger of misinterpretation. Therefore, the Rapporteur feels that it would be preferable for the Members of the Commission and of the Institute to examine directly the observations of Salmon, Sette-Camara, Seidl-Hohenveldern, Rudolf and Henkin.

However, reference to the main criticism to paragraphs 1 and 2 cannot be avoided. The major objection to paragraph 1 is that the 1963 Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water goes farther since paragraph 1A of Article 1 « *interdit plus radicalement les explosions* ». Salmon therefore says: « *Je ne crois pas qu'il soit opportun de toucher au texte du traité de 1963, surtout si l'Institut peut paraître comme étant en retrait par rapport à ce texte.* » Walter Rudolf also feels that "Article 10 paragraph 1 of the draft Resolution is less strict than Article 1 of the Nuclear Test Ban Treaty regarding experiments with nuclear weapons in the atmosphere and under water".

The Rapporteur in his Provisional Report explained that, although the 1963 Treaty is drafted in a positive fashion, it has in reality a negative finality since it leaves open the possibility of underground explosions by the nuclear powers.

Sette-Camara criticizes paragraph 2 since in his opinion it "loses much of its meaning because it cannot be applied to nuclear powers". The Rapporteur considers that this argument cannot be accepted since, in his opinion, might is not right.

In spite of the negative reactions to the two paragraphs, the Rapporteur, in consonance with the wishes of the Members of the Commission favourable to the inclusion of an article on nuclear pollution, feels that two alternatives are open in the case of paragraph 1; it could either be based *ipsis verbis* on the Nuclear Ban Treaty of 1963 or as a vaguer formulation, be based on principle 26 of the Stockholm Declaration on the Human Environment. The Rapporteur prefers the first alternative.

Paragraph 2 was taken from Article XII of the Statute of the IAEA, with the difference that Article XII is not compulsory. The new version of the paragraph is of an optional nature and is there-

fore easily acceptable. The phrase "it will not further any military purpose" was deleted, since it has no link with atmospheric pollution.

The inclusion of a third paragraph in Article 10 on the lines of Article 19 of the draft of the International Law Commission is definitively dropped. None of the Members in their answers to the Provisional Report were in favour of it and Seidl-Hohenveldern, F. Wolf and W. Rudolf were very much against a provision of this type.

Article 11. — Depletion of the ozone layer.

The aim of Article 11 is not only to call attention to the dangers involved in the depletion of the ozone layer, but also, as was stressed in Article 10, to show that the study of the pollution of the atmosphere must not be limited to that of acid rain.

With one exception, the Members of the Commission accepted the idea of an article on the subject. However, Manfred Lachs considered it "too general and therefore somehow weak". Jean Salmon also found it weak: « Je vous avouerai que je n'aime pas beaucoup ce texte, qui va moins loin que l'Article 2 *b* de la même convention (Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer). » Both Members suggested more positive texts which have much in common and guided the Rapporteur in the drafting of the new text.

Sette-Camara still believes that "the studies on the ozone layer are not so advanced in the scientific field as to justify the Institute to deal with them in a codification draft".

The fact that the international community did sign in 1985, after years of preparation, a Convention dealing with the ozone layer which has already received eight ratifications is proof enough of the recognized need to protect the ozone layer. A protocol aimed at adopting stringent measures against the abusive use of chlorofluorocarbons (CFCs) or of other ozone modifying substances is being studied by an *ad hoc* legal and technical committee and may be signed this year.

Recent studies, performed after the signature of the Convention in March 1985, confirm the dangers which are likely to result from the depletion of the ozone layer.

Walter Rudolf explains that "to wait for the establishment of a rule of international law until the causes of the damage to the ozone layer can be proved scientifically in a definitive and reliable manner would bear the risk of the ozone layer already being destroyed to an irreparable extent in the meantime". It should be pointed out that the CFCs and other ozone modifying substances have a long life span (around a hundred years) and that their effects may only be felt when it is too late. In addition, it should be said that economic and commercial interests are also behind the campaign designed to prove that as yet scientific proof is not sufficient with regard to the noxious effects of CFCs on the ozone layer.

Article 12. — Developing countries.

The need to include in the Resolution an article on developing countries was not challenged even though some objections were raised. Louis Henkin asks "if we are suggesting that developing countries are permitted to pollute". Walter Rudolf thinks that the article "should set up the obligation for all States indiscriminately to observe the same rules and standards".

In the Provisional Report the philosophy which was accepted in Stockholm was explained and need not be repeated. In short, 90 per cent of the world pollution can be laid at the doors of the industrialized countries. Not only the pollution, but also the destruction of the environment. Developing countries do not have the right to pollute, but the international community must take into account "the circumstances and particular requirements of developing countries" (preamble of the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer of 1985).

In drafting Article 12, the Rapporteur departed slightly from the formula adopted in Athens in 1979 (Article VIII) and tried to introduce concepts taken from the aforementioned Convention on the Ozone Layer and from the Law of the Sea Convention of 1982. Salmon and Sette-Camara lauded the effort but preferred the version adopted in Athens, as did Louis Henkin. In consequence, Article VIII of the Athens Resolution is re-introduced.

Article 13. — Pollution and human rights.

Article 13 repeats Article IX of the Athens Resolution, even though in the opinion of the Rapporteur it could be deleted since it does not justify arguments *a contrario*. Manfred Lachs and Sette-Camara felt that the article was not required; W. Rudolf and Jean Salmon consider it indispensable. Therefore, it is up to the Commission or to the Plenary meeting to break this dead-lock.

Rio de Janeiro, 20 December 1986.

Second draft Resolution on air pollution across national frontiers

The Institute of International Law,

Recalling its Resolution of Athens in 1979 on the Pollution of Rivers and Lakes and International Law ;

Deeply concerned by the effects of air pollution on the environment and on human health, on soil, agriculture and production, on the death of forests, the disappearance of many forms of life in lakes and rivers ;

Considering that pollution spread through the atmosphere of more than one State is assuming increasingly alarming and diversified proportions whilst protection and improvement of the environment are duties incumbent upon States ;

Recalling the obligation to respect the sovereignty of every State over its territory, as a result of which each State has the obligation to avoid any use of its own territory that causes injury in the territory of another State ;

Considering also that no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by pollution spread through the atmosphere of more than one State ;

Convinced that all States should solemnly agree to halt every kind of nuclear explosion and place their nuclear power plants under international safeguards open to international inspection ;

Bearing in mind the need to protect those regions which are the common heritage of mankind, such as the high seas, outer space and the Antarctic region ;

Preoccupied with the irreparable damage to buildings and monuments, many of which are part of the world cultural and natural heritage,

Hereby adopts the following articles on air pollution across national frontiers :

Article 1

1. For the purposes of this Resolution, "pollution" means any physical, chemical or biological alteration in the composition or quality of the atmosphere which results directly or indirectly from human action or omission and produces injurious or deleterious effects across national frontiers.

2. In specific cases, the existence of pollution and characteristics thereof shall, to the extent possible, be determined by referring to environmental norms established through agreements or by the competent international organizations and commissions.

Article 2

In the exercise of their sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, States shall be under a duty to ensure that their activities or those conducted within their jurisdiction or under their control cause no pollution in the atmosphere beyond their boundaries, or in the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

Article 3

1. For the purpose of fulfilling their obligation under Article 2, States shall take, and adapt to the circumstances, all measures required to :

(a) prevent any new form of pollution or any increase in the existing degree of pollution ; and

(b) abate existing pollution within the shortest possible time limits.

2. Such measures shall be particularly strict in the case of activities which pose a danger to highly exposed areas or environments.

Article 4

In order to comply with the obligations set forth in Articles 2 and 3, States shall in particular use the following means :

(a) at national level, enactment of all necessary laws and regulations and adoption of efficient and adequate administrative

measures and judicial procedures for the enforcement of such laws and regulations ;

(b) at international level, co-operation in good faith with the other States concerned.

Article 5

States shall incur international liability under international law for any breach of their international obligations with respect to pollution of the atmosphere.

Article 6

In order to fulfil their obligations under this Resolution, States shall take strict measures to prevent or abate pollution of the air due to ultra-hazardous activities. They shall enact all necessary laws and regulations or conclude international conventions, providing in particular for an objective liability system and compensation funds with regard to pollution of the air brought about by ultra-hazardous activities.

Article 7

With a view to ensuring an effective system of prevention and of compensation for victims of transboundary pollution, States should conclude international conventions concerning in particular :

(a) the jurisdiction of courts, the applicable law and the enforcement of judgments ;

(b) the procedure for special arrangements providing in particular for objective liability systems and compensation funds ;

(c) establish by common agreement environmental norms, in particular regional or universal quality norms.

Article 8

1. In carrying out their duty to co-operate, States shall, especially through agreements, resort to the following ways of co-operation :

(a) inform the States concerned regularly of all appropriate data on air pollution in their territories, its causes, its nature, be it

man-made or natural, the damage resulting from it and the preventive procedures ;

(b) notify the States concerned in due time of any activities envisaged in their own territories which may cause a significant threat of transboundary pollution ;

(c) consult with each other on actual or potential problems of transboundary pollution so as to reach, by methods of their own choice, a solution consistent with the interests of the States concerned and with the protection of the environment ;

(d) co-ordinate or pool their scientific and technical research programmes to combat pollution, be it man-made or natural ;

(e) set up international or regional commissions with the largest terms of reference, providing for the participation of local authorities if this proves useful, or strengthen the powers or co-ordination of existing institutions ;

(f) establish harmonized, co-ordinated or unified networks for permanent observation and pollution control of man-made or natural pollution ;

(g) develop safeguards for individuals who may be affected by polluting activities, both at the stages of prevention and compensation, by granting on a non-discriminatory basis the greatest access to judicial and administrative procedures in States in which such activities originate, and by setting up compensation funds for ecological damage the origin of which cannot be clearly determined or which is of exceptional magnitude.

Article 9

In the event of an accident or activities which cause a sudden increase in the level of air pollution, capable of causing substantial harm in another State, even if due to natural causes, the State of origin is under a duty :

(a) to promptly warn all affected or potentially affected States ;

(b) to take all appropriate steps to reduce the effects of any such increase.

Article 10

1. States shall undertake to prohibit, to prevent and to refrain from carrying out any nuclear weapon test explosion, at any place under their jurisdiction or control in the atmosphere, beyond its limits, including outer space, or under water, including territorial waters or high seas; or in any other environment if such an explosion causes radioactive debris to be present outside the territorial limits of the State under whose jurisdiction or control it is conducted.

2. States should submit nuclear reactors to international safeguards in order to assure that they comply with applicable health and safety standards.

Article 11

States shall take all necessary measures to protect the ozone layer against adverse effects or likely to result from human action, in order to protect human health and the environment.

Article 12

In order to assist developing States in the fulfilment of the obligations and in the implementation of the recommendations referred to in this Resolution, it is desirable that developed States and competent international organizations provide such States with technical assistance or any other assistance as may be appropriate in this field.

Article 13

This Resolution is without prejudice to the obligations which fundamental human rights impose upon States with regard to pollution occurring in their own territories.

Rio de Janeiro, 20 December 1986.

Annex

Observations of the Members of the Twentieth Commission on Mr do Nascimento e Silva's Provisional Report.

1. *Observations of Mr Louis Henkin*

Dear Colleague,

Congratulations on the Provisional Report.

My comments and suggestions are few, and address only the draft resolution. (I will not bother you now with small suggestions for change in wording.)

1. In the Preamble, in the paragraph beginning "Convinced", I would insert the words "in the atmosphere" after "nuclear explosion".

That, I assume, is what is meant; it is what you say, in effect, in Article 10 of the draft resolution. Some of us may be convinced that all nuclear testing of weapons and other explosions, even underground, should cease, but that issue is beyond the subject and scope of our undertaking.

In the same paragraph, it might be desirable to add at the end "and open to international inspection".

2. Article 5 provides for state responsibility only if the state was at fault, *i.e.*, if it failed in its obligations. Is Article 6 intended to hold a state responsible regardless of fault? If so, the second sentence does not say that clearly.

3. In Article 7, line 3, should the word "include" be "conclude"?

4. In Article 8, "airshed" will not be clear to many readers. Should the term be defined, perhaps in a parenthetical phrase?

5. As you know, I am of the view that states have an obligation to inform, consult and cooperate even as to pollution resulting from natural (not man-made) causes. Several sections in Article 8, and Article 9, might apply as well to atmospheric pollution due to natural causes, except that the term used, "pollution", is defined in Article 1 as limited to the result of human action. It would not be difficult, if you agree, to indicate that Article 8 (or some of its sections) and Article 9 are not limited to man-made pollution.

6. Article 10, section 2, seems to assume that a state is not permitted to use nuclear power for a military purpose. Is that the law other than for a

state party to an international agreement forbidding such use and purpose? Should Article 10 (2) be limited to states parties to such agreements?

7. I am not sure I appreciate the implications of Article 12 (1) as drafted. Is it addressed to developed countries, to developing countries or to both? Are we suggesting that developing countries are permitted to pollute? That they are not liable if they do, even if they have failed in their obligations and caused injury? The alternative suggested on p. 186 of your report is clearer.

I look forward to our continued collaboration in this matter.

All good wishes.

Sincerely,

Louis Henkin

2. Observations of Mr Manfred Lachs

The Hague, 3 September 1986

My Dear Friend,

I have to apologise for not having replied to your questionnaire earlier and thus save you some additional work. However, let me say at once how much I admire your approach to what is, to my mind, a very important issue and your profound analysis of all the questions involved. On the whole, I find the draft acceptable; I have, however, a series of suggestions which you may consider acceptable. May I mention some of them:

i. Paragraph 2 of the preamble. I would prefer the following formula: "Deeply concerned by the effects of air pollution on the environment and on human health, on soil, agriculture and production, on the death of forests, the disappearance of many forms of life in lakes and rivers".

ii. Article II. It mentions in line 3 the condition: "without prejudice to their contractual obligations". I think that contractual obligations, whenever they may have been entered into, would not constitute a valid excuse for pollution and thus create an obstacle in the implementation of our Resolution. I would therefore delete the words: "and without prejudice to their contractual obligations". If such obligations do exist, they may remain in force or should be amended accordingly. In addition, I share your view that the word "substantial" would weaken the meaning of Article II.

iii. Article 3 (b). I would make it read: "abate existing pollution within the shortest possible time limits".

iv. On page 170 there are two paragraphs which concern entirely different matters. One, the question of the safeguards provided for by the International Atomic Energy Agency; and the other, the effect of acid rain. In this context

the questions of responsibility of the Nuclear Powers is raised. I think this matter requires further elaboration, in particular in the light of the two new instruments which are now being prepared by the International Atomic Energy Agency in Vienna. It is in this context that I fully agree with your conclusion that: "probably general international law will prohibit pollution with the consequential responsibility before the Commission completes its task". (Page 171.) It will probably conclude a series of treaties on specific subjects concerning specific areas and defined sources of pollution while the general principles will continue to be worked out. In this respect I would rather share the view of our friend Paul De Visscher (which you quote on page 172) and instead of using the term as you envisaged in Article 5: "States shall incur international liability under international law...", and add: "and shall take appropriate measures to this end", or "shall conclude appropriate agreements to this end".

3. I share the view of Professor Henkin that "the concept of ultra-hazardous activity might have to be redefined...". In fact what has been ultra-hazardous yesterday has changed its character by today and vice-versa, as you yourself point out.

4. As to Article 8. The first paragraph reads: "in carrying out their duty to co-operate, States bordering the same air-space as far as practicable, especially through agreement, resort to the following ways of co-operation:". I would suggest to delete the words: "bordering the same air-space shall, as far as practicable". I think co-operation in the field of the protection of the environment is so imperative and the pollution of the environment is so far-reaching that neighbourhood and strict State borders cannot constitute a test for the practicability of co-operation. Sometimes States very far removed from one another could assist in the removal of the consequences of pollution, due to their technical capacity and all the assistance they could render. It is for these reasons that I would remove any limitation to the possibilities and methods of co-operation and leave it open for all States to assist a victim of pollution.

5. Article 9. The first sentence, I think, should be slightly redrafted in order to be more flexible. I would suggest the following text: "In the event of an accident or activities which cause the sudden increase in the level of air-pollution capable of causing substantial harm in another State...", the text as it is would follow. I think what we should bear in mind is not only the question of a sudden increase in the level of air-pollution but also the question of the source of it. This may be either an accident or a whole process resulting from, for instance: the storage of radio-active waste; the manufacture, disposal or transport of radio-isotopes, for whatever purposes this may be; and it would therefore be closer to reality to have Article XI specify these two possibilities.

6. Article 10. This is a very important provision which, as you yourself

point out, is envisaged *de lege ferenda*. It speaks of the prohibition, prevention and termination of "any nuclear weapon test explosions". In paragraph 2 it refers to international safeguards in which nuclear reactors should be included in order to ensure that they will not be used to further any military purposes. At the same time you point out that "nowadays, every nuclear explosion is of a military nature aimed at discriminate mass-destruction". (Page 181.) While fully supporting your idea that the issues require a special resolution, the present text raises some doubts because it speaks of prohibition and prevention of nuclear weapon test explosion or any other nuclear explosion at any place under its jurisdiction "if such explosion causes radio-active debris to be present outside the territorial limit of the State...". There is an apparent contradiction: 1) "every nuclear explosion" is viewed as being of "a military nature"; 2) then a distinction is made between two types of explosions. How do you propose to deal with the production of nuclear energy? It then deals with a question of control. I feel that the whole issue would require redrafting.

As you may know, the International Atomic Energy Agency is now working on two Treaties; one, a Convention on Early Notification of a Nuclear Accident and two, a Convention on Assistance in the Case of Nuclear Accident or Radiological Emergency. These aim at close co-operation between States, in particular the obligation is laid down on State Parties of the first convention to notify forthwith, directly or through the International Atomic Energy Agency, "those States which are or may be physically affected, as specified in the Convention, and the Agency of the nuclear accident, its nature, the time of its occurrence and its exact location where appropriate". The second draft convention refers to the desire of the Parties "to strengthen further international co-operation in the safe development and use of nuclear energy". Here then there are two agreements which undoubtedly constitute a step forward in a field in which law was very much behind.

For these reasons I would submit to you: this distinction, as it stands here, will be of little value. To stop nuclear weapons tests we have to apply a wider and much more profound reasoning, but in order to prevent *any tests from causing pollution* we should provide international safeguards and co-operation in which some steps have been taken recently. The two conventions now under consideration are very significant evidence to this effect, and in this respect I agree with Judge Sette-Camara and Professor Henkin.

Now as to the question of nuclear tests in the atmosphere (an issue raised by Professor Salmon) I wonder whether we should refer to it at all, as we may be better advised to reflect on the question of whether customary law is maturing on the subject (?).

7. I think that the paragraph taken from the International Law Commission: "States are under the obligation to safeguard and preserve the human environment; the massive pollution of the atmosphere constitutes a serious international crime", which, if we said in Article 5 that "States shall incur international liability under international law for any breach of their international obligations with respect to pollution of the atmosphere", this suggested

paragraph referring to "massive pollution" would be very odd. The distinction between "pollution" and "massive pollution" is one of degrees and, once liability is established, I think the paragraph in question is one which we can dispense with, and I personally believe the paragraph on liability, now Article 5, should be placed at the end of the Resolution.

8. Article 11. This deals with the obligation to take appropriate measures to protect "human health and the environment". I personally feel that it is too general and therefore somehow weak. I think what we should say is the following: "States shall take all necessary measures and establish close co-operation in order to protect human health and environment against adverse effects, resulting or likely to result from human activities which modify or are likely to modify the ozone layer, within or without the existing international organizations".

9. Article 13. I think that Article 13 is perhaps not required as it concerns an obligation which States are bound to carry out and we could well do without the provision.

Before closing, let me congratulate you again on an excellent job done and express the hope that this Resolution will be finally adopted so that the Institute will not again be behind events, *as it is in several areas*, for instance, the co-operation concerning nuclear accidents which, as I indicated earlier, is now on the negotiating table in Vienna and we shall only be dealing with it at our Session in 1987.

Yours sincerely,

Manfred Lachs

3. *Observations of Mr Walter Rudolf*

Mainz, 29 October 1986

Dear Confrère,

Let me first express my felicitations and sincere thanks for your Provisional Report on Air Pollution across National Frontiers. The Provisional Report and your Draft Resolution on Air Pollution across National Frontiers resume the 1979 Resolution of Athens and contain solutions which could, in my opinion, principally be accepted.

The *title* "Air Pollution across National Frontiers" should be maintained without modifications, transfrontier pollution being interpreted in a broad sense. Not only is pollution originating in the territory of State A and affecting the territory of State B covered thereby, but so is also pollution spreading from the territory of a State into regions which are not under the jurisdiction of any State (Antarctic, high seas and outer space). The opposite

case, too, the pollution of a State territory having its source is one of those regions, must come within the scope of the Resolution.

In addition to those three constellations easily covered by the title interpreted extensively, a fourth case can come up: the pollution of a region not subject to State jurisdiction which has its origin in another region free from State jurisdiction. This fourth constellation becomes a problem if the legal regimes in force in the area affected provide different rules on pollution. A unification of environmental rules and standards in regions not subject to the jurisdiction of a State could possibly give rise to an accelerated harmonization of national provisions. Pollution of the commonage with its origin in another region not subject to State jurisdiction cannot, however, be covered by the title in case of a literal interpretation of the terms "across national frontiers". For the purpose of universal applicability of the Resolution to all cases of pollution with effects on regions having a legal regime different from that of the area of origin, this constellation, too, should be taken into consideration. In future, the pollution of outer space by sources situated within the high sea as well as the pollution of the high sea originating in the Antarctic region or the destruction of the ozone layer emanating from the Antarctic seem to be imaginable.

The words "and international law" should not be added to the title since the unification of domestic rules is necessary in the fight against pollution in order to achieve a uniform and standardized international legal system with world-wide acceptance.

Long-distance air pollution raises in international law the scientific problem of identifying the causes. In some fields technological development will not be able to provide satisfactory answers in the near future, in others intensified efforts will lead to results. Legally, long-distance air pollution hardly involves problems different from those of "short-range" air pollution. For these reasons the Commission should not, from the beginning, exclude the problem of long-distance air pollution from its deliberations. In the recent past only, a remarkable change in international evaluation of long-range SO₂ and NO_x emissions (sulfur oxides and nitrogen oxides) had to be stated at least in Western Europe, one of the regions most afflicted by acidification. Thus, in the meanwhile, the parties to the 1979 Geneva ECE-Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution have agreed on the model used by the Co-operative Programme for Monitoring and Evaluation of Long-Range Transmission of Air Pollutants in Europe (EMEP) for the purpose of reducing long-range air pollution. This model allows the attribution of sources of border-crossing pollutants to the countries of origin. There is also agreement among those States that SO₂ and NO_x emissions constitute a primary cause of acidification and that acidification is a main reason for various irreversible damage to the environment. On the basis of this new agreement on the factual aspects of long-range pollution, legal rules can now be applied in this field.

Because of the rapidly increasing damages to the environment, international law has to supply rules even for those areas which are not yet totally explicable and controlled by natural sciences. This is the only way to ensure that

law can intervene regulatorily immediately after solutions have been provided by natural sciences and to avoid the long-lasting process of international law-making.

If a long-distance air pollution were generally left out of consideration, there would be the additional problem of setting up distinctive marks between long-distance pollution (not covered by the Resolution) and normal air pollution (covered by the Resolution). In the particular case it appears difficult to decide whether pollution is long-distant or not. At least, the duty of States to co-operate with the aim to prevent new sources of long-range pollution and to investigate the causes of existing pollution should be imposed already now even if in this field full evidence of individual responsibility of a given State for a particular pollution cannot yet be established.

As regards the *preamble*, I would like to make the following remarks :

We should consider whether the formulation of paragraph 6 focusing on the common heritage of mankind creates the necessary clearness or whether it does not even give rise to new discussions. Paragraphs 3 and 4 deal with the pollution of the "territories of more than one State" and of the "territory of another State". This does not comprise any pollution of regions beyond national sovereignty. The mere reference to "regions which are the common heritage of mankind" does not appear clear enough to me to include the regions just mentioned. The notion of "common heritage of mankind", the outlines of which have not been worked out sufficiently by international court decisions or by international doctrine, contains too many points of controversy to serve as a synonym for "regions which are not under the jurisdiction of a given State". In order to avoid possible misinterpretations on the one hand and to grant the largest protection possible to all the regions which are not under the jurisdiction of a State on the other hand, we should examine carefully whether we cannot renounce the reference to the "common heritage" principle. In any case, I do not see any necessity of explicitly mentioning it in the preamble.

At any rate, however, the regions beyond national jurisdiction should be emphasized in the preamble. Otherwise the scope of the Resolution would be restricted and a contradiction to Article 2 (which, by the way, does not contain the words "common heritage of mankind" either) could possibly be created.

I am so free as to make the following remarks concerning the particular Articles :

Article 1

The final phrase of paragraph 1 should be retained as it is worked more broadly than the other two proposals which take into account the "exposed country" only.

A reference to natural pollution or injury appears indispensable. As the recent gas explosion in Cameroon and numerous volcanic eruptions have proved, pollution with a natural cause can involve dangers which are to be equated

to man-made pollutions. Just like the pollution resulting from human action, the natural pollution entails obligations to inform, to consult and to assist. In the case of natural pollution these duties are of special importance as many States have hardly made provisions for rare natural environmental catastrophes whilst they have, on the other hand, taken extensive precautionary measures against man-made sources of danger.

Article 2

I agree with the broad formulation of Article 2 regarding the origin of the pollutions ("within their jurisdiction or under their control") as well as their effects ("pollution of the atmosphere beyond their boundaries, to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction"). The special emphasis put on the atmosphere also seems to be justified because of the exceptional danger of pollution.

All three "regions which are not under the jurisdiction of a given State", i.e. the high seas, outer space and the Antarctic region, are in special need of protection because of the alarming increase of the pollution therein and are in particular want of protection because of the lack of own organs able to enforce such protection.

The community of States should be obliged to attend more intensely and more effectively to the regions which are unable to enforce their own interests independently due to their legal structure. All States standing up for the protection of those regions should be legally authorized to do so. These States could defend the interests of the regions concerned before the courts as representatives of the community of States which is obligated to protect, or as a part of it.

I also agree that in Article 2 the word "substantial" should not be inserted before the term "pollution".

Article 5

In order to avoid contradictions and differences in interpretation with the Athens Resolution of 1979, an article on international liability, which should in no case fall back behind the 1979 regulation, should be inserted.

However, it has to be noted that at present a liability rule which is effective in practice can hardly be declared internationally binding. A legal entity can only be rendered liable for a circumstance if, on the one hand, an attributable breach of duties and, on the other hand, a causality for the damage can be proved.

Apart from the four possible categories of breaches of duty mentioned in the Provisional Report (non-implementation of a conventional obligation, violation of general international law, acts not prohibited by international law, and pollution caused by individuals) and the problems attaching thereto, the main issue of any discussion on liability appears to be the question of the binding character of environmental standards containing precise limits for certain kinds of pollution. Mutual recognition of specific critical values is the most important prerequisite for liability rules.

In view of the differences between critical pollution values actually in force, a State with severe environmental regulations would be liable for their violation at a stage where a State with weaker environmental laws would not yet be rendered liable. As long as each State thus determines itself indirectly the extent of its own liability by adopting security standards and critical pollution values, States will show little tendency to enact severe and effective laws on environmental pollution.

In this context, the question of the causality of a State's acquiescence or omission for a damage to the environment of another State is of certain importance as well.

In the assumption that no liability arises for a State causing pollution according to its weaker environmental standards while the prerequisites for liability are given in a polluted State according to its more severe regulations, the polluting State can negate that it caused the pollution by referring to the fact that ultimately the damage was not due to its own polluting emissions, but to the far too severe standards of the neighbouring State.

As the best liability regulations are condemned to fail if there are no generally binding technical standards, the working-out of such standards must be of the highest importance in the efforts of the community of States as provided for in Article 7 (c) of the Draft Resolution.

Article 6

I deem the special treatment of ultra-hazardous activities in a separate Article necessary since the criteria to be applied are different from those concerning "normal" activities. Someone handling with extreme risks must also be prepared to bear the consequences which, compared to normal risks, can be of extraordinary extent, too. A state refusing to assume liability for the consequences resulting from its own ultra-hazardous activities or from those for which its organs have granted permission should consequently prohibit such activities on its territory. This can now and then be observed in State practice. Insofar, ultra-hazardous activities have another quality than normal activities.

However, the distinction between ultra-hazardous activities and normal activities might be difficult. The risk of human beings and the environment being injured to a large extent and in the long run, which cannot be totally eliminated even if the utmost care is exercised, must be the essential criterion for the assumption of an ultra-hazardous activity.

In order to cover activities which have not been known as being dangerous besides the undoubtedly ultra-hazardous nuclear activities, the term of ultra-hazardous activities must be kept open to casual changes and alterations. But in this case the additional question remains unanswered whether the more severe liability already applies to a case lately recognized as ultra-hazardous or whether this is true only for the following cases of this kind.

Under treaty law there are cases of strict liability for the exploration and exploitation of the outer space as well as for the peaceful use of nuclear energy.

The cause of liability is not a conduct disapproved by the legal system but the technological risk converted into damage. Hence, liability does not require a fault on the part of the liable party.

In other fields not regulated by treaty a strict liability on the basis of general international law does not seem to exist *de lege lata*. The principle of absolute liability for ultra-hazardous activities cannot be qualified as a general principle of international law or as customary international law although a certain trend towards this direction can be observed in treaty law and although legal writers support strict liability. Therefore, restraint should be exercised in this area when elaborating a Resolution, otherwise the Resolution would only find little acceptance in practice. A State would hardly declare itself for absolute liability. Absolute liability would involve liability of the operating State in all cases without evidence of the damage being caused by gross negligence or intent on the part of the injured party. As a result, liability would arise totally independent from the observance or non-observance of acknowledged duties to take care. Objections to such a liability continue to be too strong, especially in the case of unforeseeable incidents caused by force majeure.

It is difficult to establish duties to take care consisting in the observance of security standards internationally. Already the great differences between the types of reactors in nuclear power plants complicate negotiations. However, States were prepared to reach such agreements at the extraordinary IAEA conference held in Vienna in September 1986. Thus, it seems to be justified to connect liability for ultra-hazardous activities with the observance of generally recognized standards of care. If a State has complied with all necessary safeguards, it cannot be rendered liable for an accident occurring notwithstanding. The operating State bears the entire burden of proof for the observance of all safety standards; otherwise it would almost be impossible to render an operator liable.

In case of non-observance of security standards, a State would incur liability either because it has neglected its duty of supervision or because it has violated the standards as the operator. State responsibility might then possibly be subsidiary to the private operator's liability. An international compulsory insurance for States against damage resulting from ultra-hazardous activities should also be taken into consideration. Many States will financially not be able to bear all the damage they are liable for. An international fund comparable to the one for losses resulting from oil pollution could adjust the damage also in those cases where the operating State cannot be rendered liable as it has observed all security standards.

De lege ferenda an internationalization of the risks resulting from ultra-hazardous activities would be desirable on condition of comparable world-wide security standards. If all States were prepared to accept a comparable residual risk on the same security level, it should not be left to chance to decide which State would have to bear the entire risk, an assumption which will hopefully never become reality.

A special problem would be raised by conceivably slow and gradual pollution related to ultra-hazardous activities and occurring in the normal technical

process independently of accidents. Such pollution would have to be judged either according to the rules for "normal" activities (because of the relatively small extent of danger) or according to the regulations for ultra-hazardous activities (because of the source of danger).

This highly technological matter which is hardly suitable for the development of customary international law makes satisfying regulations possible only if States are obligated to enter into international agreements.

Article 8

The obligation of States bordering the same airshed to co-operate appears to me problematic. Unlike a hydrographic basin it is difficult to imagine an airshed. The duty laid down in this Article consequently exists depending on the direction of the wind between States A and B or A and C. Scientific investigations have revealed that air pollution can be carried over great distances, sometimes even around the entire earth. Those problems of delimitation could be evaded if the duty to co-operate were generally extended to all States (ozone layer and acid rain). Additionally, regional and bilateral co-operation could be made obligatory for regions especially afflicted by certain types of pollution.

Article 9

The duty of the emitting State to promptly warn all potentially affected States in the case of suddenly aggravating environmental pollution might be considered as a duty to reduce the damage based on customary international law at least in those cases where pollution presents a substantial and present danger to the nationals of the neighbouring State. In the case of accidents in nuclear reactors this requirement might always be met if radio-active radiation is released to a large extent. The necessary safety measures can be taken only if the warning is effected promptly. Insofar, an ultra-hazardous activity implies at least the duty to promptly warn in cases of emergency.

In all other cases of injury to the environment affecting foreign territories or regions without sovereign power, customary international law does not establish a duty to warn. However, from the general duty to co-operate and from the principles of the « droit de voisinage » the obligation of States could be derived to declare themselves by treaty for the observance of mutual information mechanisms. The principal obligation of peaceful co-existence established by international law, in my opinion, demands the elaboration of formalized and institutionalized information and warning mechanisms as a secondary obligation.

The problem of a duty to accept foreign assistance in cases of catastrophes as discussed in connection with oil pollution caused by navigation accidents is not mentioned in the Resolution. The interest of the neighbouring States to repair the damage as soon as possible and to keep pollution the smallest possible speaks in favour of the duty to accept foreign assistance in strictly limited cases. Yet, at the moment I do not see any realistic way to exclude

cases of abuse. Unfriendly or hostile States could intrude unasked help and thus connect espionage activities, for instance, with it. Particularly in the field of nuclear energy security, interests and necessities to maintain secrecy on the part of the operating States are so strong — here we see the difference with respect to civil shipping catastrophies — that the duty to accept assistance would not be realistic. However, States could be called upon to negotiate about this topic.

Article 10

I appreciate that the term of international crime is not inserted into the Draft Resolution. Contrary to municipal criminal law, international law has not yet elaborated precise and generally binding constituent elements of an international crime.

In the case of pollution there is hardly that a State would deliberately injure foreign territory. Pollution is rather an involuntary side-effect of an activity usually permitted. Only intentional nuclear attacks or environmental destructions in the case of war could be understood as an international crime. However, our Resolution should not reach too far into the law of war; pollution in peacetime, which can also be a great threat, is supposed to be the crucial point here.

For the same reasons I would be reluctant to insert a separate article on armed conflicts do not dispense States from observing the Resolution should the more relevant agreements on the law of war. However, the introduction of a declaratory reference into the preamble or in Article 9 to the effect that armed conflicts do not dispense States from observing the Resolution should be taken into consideration. Finally, emphasis should be laid on the difference between the formulation of Article 10 (1) of the Draft Resolution and Article 1 of the 1963 Nuclear Test Ban Treaty. The latter prohibits nuclear tests in the atmosphere and under water without any restriction while such experiments in other areas are only forbidden if transboundary radio-active radiation can be proved. In our Resolution all nuclear weapon test explosions are only prohibited if transboundary radio-active impairment is caused. Thus, Article 10 (1) of the Draft Resolution is less strict than Article 1 of the Nuclear Test Ban Treaty as regards experiments with nuclear weapons in the atmosphere and under water.

Article 11

I also agree on the need to dedicate a particular article to the ozone layer.

It has not been until the past few weeks that published research studies have revealed the existence of considerable holes in the ozone layer at certain times of each year above the poles, especially above the Antarctic. Although these holes normally close, there are nowadays signs of increased skin cancer in some regions of South America. The problems of the ozone layer are comparable to those of ultra-hazardous activities as to the threat which they imply. Cumulative activities which are rather harmless if considered separately constitute a danger which threatens mankind as a whole.

Though it cannot be questioned that science has not yet been able to show satisfying causal connections, the existence and extent of the menace are certain.

To wait for the establishment of a rule of international law until the causes of damage to the ozone layer can be proved scientifically in a definitive and reliable manner would bear the risk of the ozone layer already being destroyed to an irreparable extent in the meantime. Therefore, Article 11 requests that States already do their utmost for the protection of the ozone layer. As it is not yet clear which measures serve this purpose in the best and most efficient manner, Article 11 obligates, as a first step, to engage in intensified research programmes. The results of these efforts will then, as a second step, render the duties to protect more concrete and precise.

Article 12

The argument that developing countries cannot contribute very much to the fight against pollution does not convince me. It might be true for a few sources of pollution but, in my opinion, it does not hold for all environmental problems. In developing countries, destructions of the environment to an extent at least comparable with the threats to the environment in the industrialized nations are already in progress today.

The special mention of developing countries must not give the impression that in the fight against pollution there is a difference between this group of States and industrialized countries. The environmental problems of developing countries very often result from those fatal double-standards. Therefore, the formulation of Article 12 (1) should be reconsidered carefully. The article dealing with developing countries should set up the obligation for all States indiscriminately to observe the same rules and standards.

I, too, deem it necessary to treat the main problems of developing countries in the Resolution in a modified way. First of all, States should be called upon to intensify their efforts of information with the objective of awakening and sharpening a consciousness of the environment in the population of developing countries, too. This concept is taken into account with the words "educational assistance" in Article 12 (2), but it should be stressed more strongly. Scientific and technical assistance for developing countries could be mentioned together with this idea of information.

Article 13

This article refers to already existing duties, however, I doubt whether human rights are suitable to set up or specify duties to protect the environment. Nevertheless, we should not renounce the specific emphasis on the duty to observe human rights. If the reference to human rights, already embodied in the Athens Resolution, were missing here, the attention of the interpreters of the Resolution might be attracted by such omission. For this reason I am in favour of maintaining Article 13.

Once again I would like to thank you very much for your Report and I wish you, dear Confrère, all the best for your future work.

Walter Rudolf

4. Observations de M. Jean Salmon

La Hulpe, 28 octobre 1986

Mon cher Confrère,

Je vous prie d'excuser mon retard à répondre à votre lettre du 24 août 1986 et à réagir sur votre beau rapport provisoire du 12 juillet 1986 avec lequel je suis en plein accord pour l'essentiel.

Vous trouverez ci-dessous quelques réactions à vos fructueuses réflexions.

En ce qui concerne la pollution atmosphérique à longue distance, je souhaiterais que la Commission ne prenne pas la position qu'elle ne traite pas de cette question. En effet elle ne se distingue en rien pour ce qui est des principes de la pollution atmosphérique à courte distance. Je suis persuadé que tous les membres de la Commission sont d'accord pour estimer que les interdictions, les mesures de prévention et les responsabilités consécutives à des infractions à ces obligations s'appliquent à la pollution quelle que soit la distance à laquelle elle produit ses effets. Ce qui est en revanche évident c'est que la pollution à longue distance pose des problèmes spécifiques de preuve de la causalité et de l'imputabilité mais les progrès scientifiques en la matière permettront peut-être bientôt de résoudre ces difficultés. Entre-temps les mécanismes d'assurance collective que vous envisagez peuvent être adaptés à cette situation. Je suggère donc que la Commission considère que le projet de résolution s'applique en principe à la pollution à longue distance.

J'en viens maintenant à mes remarques sur les différentes parties du projet de résolution.

Préambule

Premier alinéa, ajouter l'objet de la résolution d'Athènes de 1979.

Le deuxième alinéa traite des dommages entraînés par la pollution tout comme les sixième et septième alinéas. Je vous propose de les regrouper.

Le cinquième alinéa me paraît faible. Voir aussi mes remarques relatives à l'article 10. La formulation serait plus forte en supprimant les mots "solemnly agree to".

Article 1

D'accord sur la nouvelle formulation du § 1.

L'observation de M. Henkin est judicieuse. Il peut exister certaines pollu-

tions naturelles. La catastrophe qui s'est produite au Cameroun il y a quelques mois en atteste. On pourrait aussi penser à des effluves volcaniques. Toutefois, un Etat ne peut être considéré comme responsable d'un phénomène tellurique. En revanche certaines obligations peuvent peser sur lui quant à la prévention du phénomène ou quant à l'exigence d'avertir les Etats tiers. Au point de vue de la technique légistique, il convient peut-être de ne pas modifier la définition de l'article 1 et de prévoir dans un article ultime que certains articles de la résolution s'appliquent aussi en cas de pollution naturelle.

Article 5

J'approuve entièrement votre position. Sans doute notre éminent confrère Paul De Visscher, alors secrétaire général de l'Institut, avait raison de dire qu'il n'était pas dans les traditions de l'Institut d'ajouter à chaque résolution de l'Institut énonçant des obligations étatiques que leur violation était constitutive de responsabilité. Toutefois, s'il s'impose ici de parler de cette responsabilité, c'est la présence de formulations comme la note sous l'article 8 de la Convention du 13 novembre 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance et selon laquelle "The present Convention does not contain a rule on State liability as to damage" qui pourrait faire croire — à tort — qu'il n'y a pas de responsabilité alors que cette formulation signifie seulement que l'on ne traite pas de la responsabilité.

J'ai toujours eu, au surplus, les plus grandes réserves à propos de la manière dont Quentin-Quentin Baxter envisageait la question dans ses rapports et je partage votre point de vue que l'opinion grandissante selon laquelle les dommages à l'environnement constituent une violation du droit international devrait avoir pour conséquence d'écarter ce type de dommage de l'objet des rapports de la Commission du droit international sur la responsabilité ne découlant pas d'un acte illicite.

Article 6

Vous utilisez la formule "shall" qui, à ma connaissance, est particulièrement impérative. Est-elle tout à fait adaptée à la seconde phrase de l'article ? "Should" ne serait-il pas préférable ?

J'ai cependant des doutes à propos de l'opinion de fond qu'exprime cette seconde phrase quant au rôle du risque exceptionnel ("*ultra-hazardous activity*") dans cette matière et de la manière dont il faut en traiter.

Selon l'article 2 de notre projet « les Etats ont le devoir de faire en sorte que leurs activités ou celles exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas, au-delà de leurs frontières, de pollution de l'atmosphère, etc. ».

Il en découle une espèce d'obligation de *résultat*, c'est-à-dire que l'obligation sera enfreinte si le résultat n'est pas atteint et qu'une altération dommageable se produit.

Dans cette perspective, l'Etat est responsable, que l'activité procède ou non d'un risque exceptionnel et même si la pollution a été causée par des particuliers. C'est là que l'on peut rencontrer des résistances ; c'est là que les Etats

peuvent vouloir faire peser la responsabilité sur les exploitants économiques de l'activité dommageable. C'est bien la formule qui a été adoptée à propos des accidents nucléaires et pétroliers. Les Etats ont remplacé un mécanisme éventuel de responsabilité *internationale* par un mécanisme de responsabilité de droit *interne* même s'il est prévu par des traités. De là l'utilisation de la terminologie de responsabilité « sans faute » ou de responsabilité « objective » qui est étrangère à la problématique du droit international public. Ces mécanismes ont d'une part tenté de résoudre les problèmes de preuve et de causalité, et d'autre part habituellement placé un plafond au montant de la réparation organisé par un fonds d'indemnisation.

On peut dès lors se demander si ces techniques sont nécessairement liées à une activité à risque. Les mêmes problèmes de preuve et de causalité se posent pour la pollution ordinaire.

Autrement dit si le risque exceptionnel exige des mesures préventives particulièrement strictes, il n'est pas le seul à devoir être traité par la méthode de la responsabilité objective de droit interne et des fonds d'indemnisation.

Dès lors j'ai des doutes sur la seconde partie de l'article 6.

Article 7

Pour les raisons que je viens d'expliquer, je me demande s'il ne faut pas supprimer au b) les mots "with regard to pollution brought about by ultra-hazardous activities".

Article 10

J'ai aussi plusieurs hésitations à propos de cet article qui me paraît insuffisant par certains aspects, trop ambitieux par d'autres.

En ce qui concerne le paragraphe 1. Ce paragraphe fusionne et résume les sous-paragraphes A et B du § 1 de l'article 1 du traité de Moscou du 5 août 1963. Ce faisant il autorise des explosions nucléaires terrestres ou atmosphériques ou sous l'eau pourvu qu'elles n'entraînent pas la présence de débris radioactifs dans des limites territoriales de l'Etat sous la juridiction ou sous le contrôle duquel cette explosion se produit. Or le § 1 A. interdit plus radicalement les explosions.

Je ne crois pas qu'il soit opportun de toucher au texte du traité de 1963 surtout si l'Institut peut apparaître comme étant en retrait par rapport à ce texte.

Par ailleurs, vous notez vous-même les constants appels de l'Assemblée générale de l'O.N.U. pour une interdiction totale des explosions nucléaires. Hélas ! les pays de l'O.T.A.N. s'abstiennent ou votent contre ces résolutions. Il n'est pas souhaitable que l'Institut prenne des positions en deçà de celles de l'Assemblée mais en revanche je ne suis pas sûr que l'Institut soit prêt à appuyer les vœux de l'Assemblée.

On peut aussi faire le reproche à la Commission d'aborder la question plus du point de vue du désarmement que du point de vue de la pollution.

Le paragraphe 2 de l'article 10 me paraît soulever des objections du même ordre. Il risque d'entraîner des levées de bouclier par l'emploi du "shall", par

le fait qu'il étend les obligations du T.N.P. aux *beati possidentes*, c'est-à-dire aux Etats qui possèdent des armes nucléaires, et qu'il traite du désarmement plutôt que de la protection de l'environnement.

J'avoue aussi être perplexe devant le paradoxe qui résulte du fait que vous hésitez à aborder le problème de l'hiver nucléaire qui porterait l'atteinte la plus radicale à l'environnement et que vous n'hésitez pas, en revanche, à réclamer le contrôle des réacteurs nucléaires pour s'assurer qu'ils ne poursuivent pas des fins militaires.

Tout compte fait, je me demande donc s'il ne faut pas tenter d'aborder la question moins par le biais du désarmement que par celui des conséquences sur l'environnement de l'utilisation des armes atomiques.

Pour moi, toute l'utilisation de l'arme nucléaire ou d'autres armes portant gravement atteinte à l'environnement doit être considérée comme prohibée par le droit international positif et constitue une violation de la Charte et un crime contre l'humanité (v. par ex. résol. 37/100 C de l'Assemblée générale de l'O.N.U.).

Je ne puis ici que citer les conclusions du colloque de Bruxelles des 1-2 octobre 1983 auxquelles j'adhère totalement :

« L'emploi de l'arme nucléaire constitue en outre un crime de guerre en raison de la violation de tout ou partie des règles du droit humanitaire et du droit de la guerre :

a) Dans les conflits armés, le droit des Parties de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité (art. 22 du Règlement annexé à la Convention de La Haye de 1907 réaffirmé par l'art. 35 § 1 du Protocole additionnel I des Conventions de Genève de 1977).

b) Déjà en 1868, les Puissances proclamaient, au moyen de la Déclaration de Saint-Petersbourg, que le seul but légitime que les Etats doivent s'efforcer d'atteindre durant une guerre est d'affaiblir les forces militaires de l'ennemi.

c) Il est interdit d'employer des armes, des projectiles et des matières ainsi que des méthodes de guerre de nature à causer des maux superflus (art. 23 du Règlement de Genève réaffirmé par l'art. 35 § 2 du Protocole I de 1977 et Convention sur l'interdiction ou la limitation de certaines armes classiques qui ne peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs de 1980, etc.).

d) Il est interdit d'utiliser des méthodes ou moyens de guerre qui sont conçus pour causer ou dont on peut attendre qu'ils causeront, des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel (règle posée par les art. 35 § 3 et 55 du Protocole I de 1977 et Convention sur l'interdiction d'utiliser les techniques de modification de l'environnement à des fins hostiles de 1977).

e) Il est interdit d'utiliser des moyens de guerre tels que le poison, les matières bactériologiques ou asphyxiantes (art. 23 du Règlement de La Haye de 1907 et du Protocole de Genève de 1925).

f) Il est interdit d'employer toutes les armes qui, par leur nature, frappent sans distinction objectifs militaires et objets non militaires, forces armées et populations civiles (Institut de droit international, Résolution de 1969 sur « la distinction entre les objectifs militaires et non militaires en général et notamment les problèmes que pose l'existence des armes de destruction massive », § 7).

g) L'emploi de l'arme nucléaire rendrait inopérante la plupart des dispositions détaillées et minutieuses de la Convention IV de Genève sur la protection des personnes civiles en temps de guerre, du Protocole additionnel I de 1977 ainsi que de la Convention II sur l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées.

h) De la même façon, les règles détaillées (de 1907, 1929 et de 1949) sur les prisonniers de guerre seraient rendues quasiment inapplicables.

i) Par l'extension géographique imprévisible de leurs effets, les armes nucléaires exposent à la violation du principe fondamental de la distinction entre Etats belligérants et Etats non belligérants (art. 1 de la Convention V de La Haye de 1864).

j) En aucun cas, l'absence de règles spécifiques sur les armes nucléaires ne peut faire échec à la règle générale suivant laquelle les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique (Préambule du Règlement de La Haye de 1907 connu sous le nom de « clause de Martens » réaffirmé dans de multiples traités ultérieurs).

(Les conséquences juridiques de l'installation éventuelle de missiles Cruise et Pershing en Europe, Actes du colloque, Bruxelles, 1-2 octobre 1983, Collection de droit international, Editions de l'Université de Bruxelles et Bruylant, p. 133-134.)

Il est à vrai dire tout à fait contradictoire de s'alarmer sur les conséquences de Tchernobyl et d'envisager froidement une guerre nucléaire.

Deux possibilités s'offrent à l'Institut :

1° ou bien il se prononce sur ce point, au demeurant capital dans le corps de la résolution, par une courageuse condamnation ;

2° ou bien il esquisse la difficulté, par exemple en notant quelque part dans la résolution qu'elle est sans préjudice du caractère illicite, conventionnel ou coutumier, de l'usage des armes nucléaires ou des essais d'armes nucléaires.

Article 11

Quoique cet article soit tiré — sauf l'addition du droit coutumier — du § 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne du 22 mars 1985 pour la protection de la couche d'ozone, je vous avouerai que je n'aime pas beaucoup ce texte qui va moins loin que l'article 2 b) de la même convention.

J'eusse préféré un texte plus net comme ceci :

« Les Etats prennent les (plutôt que *des*) mesures appropriées, conformément à la coutume et aux traités internationaux auxquels ils sont parties, pour protéger la couche d'ozone contre les activités humaines susceptibles d'avoir des effets néfastes pour la santé humaine et pour l'environnement. »

Selon le texte actuel de l'article 2 § 1, un Etat peut, à la limite, détruire la couche d'ozone pourvu qu'il fasse des abris souterrains protégeant la santé humaine ou l'environnement.

Je souhaiterais que l'Institut ne reprenne pas à son compte ce texte maladroit, dépassé d'ailleurs, je le répète, par d'autres textes de la même convention.

Article 12

Je ne vois pas d'inconvénient à vous suivre dans le pas de plus, par rapport à la résolution d'Athènes, que vous proposez dans le paragraphe 1.

En revanche, comme § 2 je reprendrais plutôt le texte de l'article VIII de la résolution d'Athènes.

Article 13

J'estime indispensable le maintien de cet article.

Dans l'espoir que ces quelques remarques ne seront pas de nature à compliquer davantage votre difficile tâche de rapporteur de la 20^e Commission, je vous prie de croire, mon cher Confrère, à l'expression de mes sentiments les plus cordiaux et les meilleurs.

Jean Salmon

5. Observations de M. Ignaz Seidl-Hohenveldern

Vienna, 21 August 1986

Dear Geraldo,

Many thanks for your provisional report. I am fully in agreement to refer also to nuclear pollution in our report. My original hesitation was due to the fact that I had not counted on disasters of the magnitude of Chernobyl. Accidents of this magnitude involve not merely technical questions to be dealt with by IAEA but should be also of concern to the Institute.

However, I am still hesitant about agreeing that the massive pollution of the atmosphere constitutes a serious international crime. My hesitation may be due to semantics. I fail to conceive a crime without an intention to do harm. I only hope that I am not too optimistic once more. Yet, I believe that no State would willingly initiate a massive pollution of the atmosphere, at least not in peacetime. Of course an accident may be caused by criminal

negligence. I am aware that Ago made his distinction between international crime and international delict in order to distinguish between a penal and a civil responsibility of States. Possibly the ILC merely wanted to say that in case of a criminal or almost criminal negligence a penal responsibility of the State could arise. Even then, however, I would hesitate to call such negligence a crime. Moreover, apart from the semantic difficulty remains the fact that such negligence, even assuming that it is criminal negligence, appears to be of a minor category compared with other instances of international crime like starting a war of aggression. The effects of such a criminal negligence in the worst of cases may be very serious indeed. Yet, assuming that the responsible for such a criminal negligence should not have fallen victim to his own act, do we really want to hang him like a war criminal?

I am much looking forward to the debate on your resolution at the next session of the Institute and to meeting you.

With best personal regards

I am yours,

Ignaz Seidl-Hohenveldern

6. Observations of Mr José Sette-Camara

The Hague, 3 November 1986

Dear Geraldo,

Let me first congratulate you on your excellent Provisional Report to the Twentieth Commission on "Air Pollution across National Frontiers". It is well structured, realistically put together, updated to recent developments in law and important events related to the subject and it takes account of all points raised by the other members of the Commission in connection with your « Exposé Préliminaire » and corresponding questionnaire. I am in full agreement with the general lines of your draft and shall confine myself therefore to a few remarks concerning specific points of the proposed formulations. On the other hand, I fully support your decision to align the draft with our 1979 Athens Resolution on the "Pollution of Rivers and Lakes and International Law". It would indeed be unfortunate if we dealt with such intimately related subjects in different and even conflicting ways. You have been very cautious in following the footsteps of the 1979 Athens Resolution, as much as possible, and I cannot but commend you for that, because I believe the Athens Resolution was an outstanding contribution of the Institute to the present trends in international law.

In expressing my views I shall try to be as succinct as possible, according to our traditional practice.

The Preamble, though partially modeled on the Athens text, with the

necessary changes, introduces some new paragraphs. It seems right to confine the initial reference to the Athens Resolution, because the 1911 Madrid and the 1961 Salzburg Resolutions had been subsumed by that one. Paragraph 1 explains in a correct way the world concern with the consequences of air pollution. Paragraph 2 is aligned with the corresponding Athens formulation in the same manner as paragraph 3, which embodies the basic principle *sic utere tuo*. Now, paragraph 4 introduces the question of nuclear explosions and safeguards to nuclear power plants. I have some doubts as to whether we should embark on this field. "To halt every kind of nuclear explosion" is certainly desirable. But there is a deep political controversy on the ban of underground nuclear tests and it is a fact that so far there is no evidence that underground explosions cause any increase in air pollution. On the other hand, it is equally doubtful that the nuclear powers would agree to place their nuclear plants under international safeguards. I believe that the Institute should avoid treading on such a dangerous ground.

I agree with the remaining paragraphs of the Preamble.

Article 1, paragraph 1, containing the definition of "pollution", is closely modeled on Article I, paragraph 1, of the Athens Resolution. The definition follows a generally accepted pattern. My only doubt is whether we should not add the word "omission" after "human action". In the case of air pollution the human omission becomes very important, because man is really able to control and abate at least a substantial part of air pollution by employing effective and already tested techniques. It is enough to recall the use of "scrubbers" that have reduced 90 per cent of the sulphur emissions in Japan. Paragraph 2 retains *verbatim* the corresponding formulation of Athens.

Article 2 also follows *mutatis mutandis* the text of Article II of Athens. The addition of the words "areas beyond the limits of national jurisdiction" covering the high seas and probably outer space is justified for obvious reasons.

Article 3 is aligned with Article III of Athens, but it modifies the paragraph dealing with activities which pose a danger to "highly exposed areas and environments" in relation to which the measures to prevent and abate pollution should be "particularly strict". As the new text dropped the reference to ultra-hazardous activities appearing in paragraph 2 of Article III of Athens (to be dealt with separately), it is not very clear what is meant by "highly exposed areas and environments". They were highly exposed to the consequences of the "ultra-hazardous activities". But in the new formulation we do not know what those areas are.

Article 4 retains *ipsis verbis* Article IV of Athens. Article 5 likewise follows the Athens text, with the necessary adaptation *in fine*.

Article 6 is devoted expressly to the problem of the ultra-hazardous activities, in relation to which strict measures should be taken. The mention of a system of objective liability and the establishment of compensation funds is taken from Article VI (b) of Athens. Those activities have been often identified

with the construction and operation of nuclear power plants, the disposal of nuclear wastes and operations linked with oil production and transportation. I am in full agreement with the text, although the application of a system of objective responsibility may still offer many difficulties. One should note that the Chernobyl accident, often and rightly referred to in your Report, which caused problems and losses way beyond the frontiers of the Soviet Union — and which is related to a typical ultra-hazardous activity — did not trigger any attempt to claims for reparation under objective responsibility.

Articles 7 and 8 subsumed the obligations falling upon States and are embodied in Article VI of Athens *mutatis mutandis*. I support it.

The provision of Article VII (c) of Athens was taken separately and was expanded in Article 9 of your formulation, probably under the inspiration of the recent international uproar regarding the Chernobyl accident. I agree with your proposal.

Article 10 is a novelty with which I have already dealt when discussing the Preamble. But here the provision is more realistic as it contains a saving clause, namely, that the ban on nuclear explosions would be limited to the cases in which such explosions will cause radio-active debris beyond the frontiers. But I still think it is not advisable for the Institute to intrude on a mainly political field. As I said before, paragraph 2 loses much of its meaning because it cannot be applied to the nuclear powers. Therefore, while agreeing that Article 10 contains a legitimate *desideratum*, I believe that it should be dropped.

Now, Article 11 deals with the problem of protection of the ozone layer. The Rapporteur was led to the inclusion of the subject particularly by the adoption in Vienna, in March 1985, of a specific Universal Convention for the Protection of the Ozone Layer. And the position of the Rapporteur is understandable. In the face of the existing Convention the silence of the Institute could be interpreted as a lacuna. It would be useful to know the present status of the Convention in relation to signatures and ratification. But I still believe that the studies on the ozone layer are not so advanced in the scientific field as to justify the Institute to deal with them in a codification draft. Very recently the press has published articles revealing that the area above which the ozone layer is the thinnest is exactly the Antarctic region. It seems that there is a "hole" in the layer above Antarctica. And the explanations for that phenomenon are not clear. Why over Antarctica and not equally over the Arctic region? The fact that Antarctica is still practically uninhabited — and I doubt that penguins are users of chlorofluorocarbons or chlorofluoromethans and aerosols — casts many doubts on the facts known so far. This illustrates how far the studies on the ozone layer are from reaching sound and definitive conclusions. Therefore I maintain my position against the inclusion in the draft of an article on the subject, at least for the time being.

Article 12, dealing with the special situation of developing States, is very well conceived and drafted, containing formulations inspired by Article VIII

of the Athens Resolution, part of the preamble of the Ozone Layer Convention and wording taken from Article 202 of the Montego Bay Convention on the Law of the Sea. I prefer the first proposal as compared to your alternative suggestion aimed at a closer alignment with the text of the Athens Resolution. Your new formula in paragraph 1 contains a general proviso that preserves the "circumstances and particular requirements of developing countries", which goes further than the simple provision of "technical assistance or any other assistance" to be provided by developed countries. It should be noted that in the field of air pollution across national frontiers developing countries are the victims in most cases and can seldom be accused of being active agents in producing it. And in the few cases in which they might be actively involved, they lack the technology and the resources to start a serious programme to prevent and abate air pollution. Everybody knows that the protection of the airshed against deleterious emissions is extremely costly. Consequently I believe that Article 12 is indispensable and well placed.

Article 13 repeats the formulation of Article IX of the Athens text. Already in Athens I had the opportunity to express doubts on the utility of introducing a provision of that kind in our Resolution, as you were kind enough to recall in your comments. In the field of transborder air pollution I really do not see what "fundamental human rights to be respected by a State" has to do with our problem. The Bhopal accident is an illustration of this. This terrible disaster was treated as a problem pertaining to domestic jurisdiction and was considered as such in the competent courts of law. I feel that Article 13 could be deleted without any loss to the quality of your excellent draft.

Best regards of your old friend and colleague,

José Sette-Camara

7. Observations de M. Francis Wolf

Genève, le 16 octobre 1986

Cher Confrère,

Permettez-moi de vous féliciter bien sincèrement de votre très intéressant rapport provisoire que vous avez eu l'obligeance de m'adresser au mois de juillet. Je vous en remercie vivement et vous prie de bien vouloir me pardonner le retard avec lequel je vous répons et qui est dû à une succession de réunions de l'O.I.T. auxquelles se sont ajoutées diverses missions à l'étranger.

Voici les quelques commentaires que m'inspire votre projet.

1. Je suis entièrement d'accord avec tout ce que vous dites dans la partie introductive de votre rapport.

2. Préambule.

J'ai des hésitations quant à l'emploi du mot "*territoires*" dans le premier

considérant. La résolution de 1979 visait matériellement — et très concrètement — les fleuves et les lacs internationaux. Le domaine que nous traitons ici englobe à la fois les *continents* (y compris les fleuves, lacs, etc.), les *océans* et les *espaces atmosphériques* (le pluriel s'impose, certains corps célestes se situant apparemment dans leur propre atmosphère).

De plus, la pollution dont il s'agit ici est *mouvante* — liée aux caprices des conditions atmosphériques ; l'on ne peut en mesurer par avance ni l'étendue, ni les directions, ni la vitesse, ni les terres, eaux et espaces auxquels elle risque de s'étendre. Il semble qu'il vaudrait donc mieux s'en tenir dans cet instrument au concept utilisé dans le titre : "Air pollution across national frontiers", en supprimant la référence aux territoires, et modifier le début du deuxième alinéa du préambule ainsi : "Considering that pollution spreads through the atmosphere of more than one State...".

[La Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, adoptée en 1985, évite le concept territorial en prévoyant que les Etats « ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées par les Etats dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale ».]

3. Le Préambule pourrait en outre être complété par une adjonction ou un considérant additionnel (qui précéderait l'alinéa "Convinced that...", etc.), en reprenant partiellement et en l'adaptant un passage d'une ancienne sentence arbitrale relative à un cas de pollution aux Etats-Unis attribuée à l'époque à une implantation industrielle canadienne, où le tribunal international saisi a conclu :

"... that under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence" (Trail Smelter Arbitration, 1941, 3, Reports of International Arbitral Awards, 1905).

Ce raisonnement pourrait trouver un écho dans votre projet, éventuellement sous la forme suivante, par exemple :

"Considering that no State *has the right* to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by pollution spread through the atmosphere of more than one State."

4. Page 164.

J'appuie la proposition d'une référence à la protection des monuments.

5. Page 166 (exposé préliminaire).

Je préférerais, pour ma part, la seconde version se référant « aux activités, etc. ».

6. Article 2.

Je me rallie aux observations du Professeur Salmon.

Les propositions de M. Henkin et de M. Seidl-Hohenveldern visant l'article 2 rejoignent mes propres préoccupations. En particulier, j'hésiterais à retenir ici la notion de pollution "*substantial*" ou « sensible », trop susceptible d'alimenter des contentieux aux dépens du fond.

7. Article 7.

Sur l'article 7, je serais enclin à me rallier notamment aux avis de M. McWhinney et du Rapporteur sur la *responsabilité absolue* qui devrait être admise pour les risques exceptionnels. Voir aussi la règle rappelée par le Juge Sir Robert Jennings : "... every State (has an) obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the right of other States " (*Annuaire*, I, Session d'Athènes, p. 298).

8. Article 8.

Je me rallie aussi entièrement aux vues de MM. Sette-Camara, Salmon et Henkin sur l'article 8.

9. Article 9.

Alinéa a) : "... affected or potentially affected State " n'est probablement pas suffisant. Les informations devraient, à mon avis, être diffusées à l'échelle mondiale.

10. Article 10 (référence à l'article 19 du projet sur la responsabilité des Etats) : "... the massive pollution of the atmosphere constitutes a serious *international crime* ".

J'ai de sérieuses hésitations en ce qui concerne la deuxième partie de cette disposition qui risque d'ouvrir la voie à de graves polémiques au plan global, lesquelles permettraient à une partie du monde de traiter l'autre de criminelle alors qu'elles se trouvent probablement à égalité dans leur capacité d'accroître — au moins accidentellement — aux mêmes degrés, la pollution menaçant l'humanité.

Troisième alinéa.

Il s'agit du paragraphe 2 de l'article 10 (ceci pour la commodité du lecteur, étant donné qu'au paragraphe précédent, il est question de l'article 10 et de l'article 5):

11. Page 186.

L'avant-dernier alinéa mentionne : "... the 1979 Resolution article 12... " ; il faudrait lire : "... the 1979 Athens Resolution article VIII... ".

Je demeure bien entendu à votre disposition pour tout éclaircissement concernant les points exposés ci-dessus aussi bien que pour toute question sur laquelle je pourrais vous apporter quelque assistance.

Veillez agréer, cher Confrère et Ami, l'assurance de mon souvenir très sincèrement dévoué.

Francis Wolf

La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé

(*Quinzième Commission*)

Rapport définitif et projet de résolution

Yvon Loussouarn

Relativement au thème de la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé suggéré par notre confrère *Piero Ziccardi* et agréé par le Bureau de l'Institut de Droit international, le rapporteur se doit d'annoncer d'entrée la couleur et de préciser l'optique dans laquelle son étude a été conçue. Cette optique n'a pas en règle générale, alors même qu'elle avait déjà été précisée dans le rapport préliminaire, soulevé d'objection de la part des membres de la Commission qui ont répondu au questionnaire à eux adressé¹.

L'objectif poursuivi est dominé par une considération qui semble essentielle. Si l'Institut entend que soit perçu l'écho de ses délibérations et que les résolutions qu'il sera amené à prendre aient un impact réel, il lui faut choisir des sujets à propos desquels une évolution est possible et les traiter avec un réalisme de nature à

¹ La Commission se compose de MM. Loussouarn, *rapporteur*, Capotorti, Carrillo-Salcedo, Gannagé, Graveson, Ikehara, Jayme, North, Philip, Schwind, Valladao, Vischer et Ziccardi, membres.

Un rapport préliminaire, qui n'est pas publié car la plus grande partie en est reprise dans le présent rapport, a été établi au mois d'avril 1986 et adressé, accompagné d'un questionnaire détaillé, aux divers membres de la Commission, ainsi qu'à M. *Batiffol*, qui avait manifesté son intérêt pour le sujet en rédigeant dès le mois d'août 1983 une note sur la proposition de mettre à l'étude « La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé ». Le rapporteur a reçu des réponses au questionnaire de MM. *Batiffol*, *Capotorti*, *Carrillo-Salcedo*, *Gannagé*, *Graveson*, *Jayme*, *Philip*, *Vischer* et *Ziccardi*, réponses dont il s'est inspiré dans la rédaction du présent rapport définitif (voir le questionnaire et les observations des membres de la Commission, p. 352 et suiv.).

susciter une harmonisation des règles de conflit en vigueur dans les différents Etats.

Dans la perspective d'une semblable harmonisation, il est nécessaire, pour que l'œuvre entreprise ne soit pas vouée à l'échec :

— qu'une unification soit réalisable par le triomphe de l'un des critères de rattachement en conflit, l'adoption généralisée dudit critère impliquant alors l'élimination totale de son concurrent, ou

— que l'unification puisse être atteinte par une approche conceptuelle permettant de dégager un critère de rattachement commun soit différent du domicile et de la nationalité, soit participant de l'un et de l'autre, ou

— qu'un rapprochement se révèle possible par la découverte d'une voie médiane, d'un moyen terme sous la forme d'une combinaison des deux principes (nationalité et domicile) conduisant à une application distributive, alternative ou cumulative permettant d'éviter les conflits grâce à une partition conférant à chacun l'empire qui lui convient le mieux.

Il est permis d'affirmer d'emblée qu'en ce qui concerne les principes de nationalité et de domicile les chances d'atteindre le premier de ces objectifs sont négligeables. Il n'est pour s'en convaincre que de constater que le monde contemporain est divisé, du moins pour ce qui est de la loi applicable au statut personnel, domaine où le conflit nationalité-domicile sévit avec la plus grande acuité, en deux moitiés à peu près égales quant au chiffre de la population qu'elles représentent. On peut relever en effet en faveur de la loi nationale l'Europe continentale (y compris l'U.R.S.S.), le Moyen-Orient, l'Extrême-Orient (notamment le Japon) et la grande majorité des Etats africains ; en faveur de la loi du domicile : les pays anglo-saxons (Royaume-Uni, U.S.A.), les pays scandinaves et la plupart des pays d'Amérique latine.

Certes, cette opposition est souvent nuancée par le jeu du renvoi². Mais l'équilibre des forces en présence rend illusoire les

² Toutefois, il ne faut pas oublier que le renvoi n'aboutit à une harmonisation ou plus exactement une coordination des solutions que dans les rapports entre un pays qui admet le renvoi et un pays qui ne l'admet pas. Lorsque l'on

chances d'élimination de l'un des critères de rattachement par l'autre. D'ailleurs une telle élimination ne serait pas souhaitable, car cet équilibre se retrouve dans les mérites respectifs de la nationalité et du domicile envisagés comme critères de rattachement. Dès lors une capitulation sans condition du vaincu impliquerait renonciation à tirer parti des qualités qui sont les siennes.

Le second objectif qui peut être poursuivi, à savoir une recherche de l'unification des règles de conflit par une approche conceptuelle du problème, mérite de retenir davantage l'attention, ne serait-ce que parce qu'il semblait dans la note exploratoire de notre confrère *Ziccardi* recueillir les faveurs de celui qui a suscité cette étude. Dans sa réponse au rapporteur, le professeur *Ziccardi* écrit :

« L'orientation suivie était celle de dédier tous nos efforts au seul but d'une reconstitution de ce qu'est l'appartenance des particuliers à l'une ou à l'autre communauté de droit civil aux fins du droit international privé. Je ne saurais me détacher de ladite orientation qui d'ailleurs m'apparaît très éloignée de la vôtre qui vise à donner un tableau exhaustif des problèmes reconduisibles à la dualité "nationalité-domicile". »

La divergence ainsi signalée appelle plusieurs observations :

— Tout d'abord l'opposition est moins absolue qu'on pourrait le croire dans la mesure où le professeur *Ziccardi* estime que « l'objet essentiel de la recherche proposée concerne la signification et le rôle du concept de l'appartenance des particuliers aux différentes communautés nationales ». Il s'agit donc d'une approche qui n'est pas exclusivement conceptuelle.

— Ensuite, en dépit de la séduction qui s'attache à l'approche conceptuelle du problème, cette dernière apparaît hérissée d'embûches. N'est-il pas utopique d'espérer fondre nationalité et domicile en une notion unitaire qui réunirait les qualités de l'une et de l'autre sans en présenter les défauts ou de prétendre leur substituer une notion préexistante telle que la résidence habituelle ? C'est la raison pour laquelle le rapporteur s'est efforcé d'éviter une approche

se trouve au contraire en présence de deux pays qui admettent l'un et l'autre le renvoi, ce dernier conduit au contraire à un chassé-croisé des solutions, ce qui ne réduit en aucune manière l'opposition existant entre la nationalité et le domicile.

conceptuelle et de mettre l'accent sur le rôle respectif de la nationalité et du domicile. Des propositions limitées à cet aspect du problème lui ont semblé avoir plus de chances de recueillir un accueil favorable des Etats.

— Il a été conforté dans cette attitude par les différentes réponses au questionnaire. La demande d'information sur le concept de domicile dans les différents pays a reçu des réponses qui révèlent l'existence de différences telles qu'il semble pratiquement impossible de dégager une notion unitaire. Elles contribuent au surplus à dissiper la croyance selon laquelle le particularisme de la notion de domicile dans certains pays le rapprocherait de la nationalité. Notre confrère *Graveson*, analysant le concept de domicile tel qu'il est utilisé en droit international privé anglais, dénonce avec force le caractère profondément erroné d'une telle croyance³.

³ Dans sa réponse, M. le Doyen *Graveson* écrit : « Puis-je clarifier et si possible dissiper une commune incompréhension au sujet du concept de domicile d'origine dans la Common Law, qui est souvent assimilé par les juristes continentaux à la nationalité. Depuis que le domicile est la base de la loi personnelle anglaise, il est nécessaire que toute personne quels que soient sa nationalité, son âge ou son sexe ait un domicile et pas plus d'un domicile pour le même but au même moment. Toute personne, de quelque nationalité qu'elle soit, reçoit à sa naissance un domicile d'origine qui n'est fondé ni sur le lieu de naissance, ni sur la nationalité de ses parents, mais sur le domicile à la date de la naissance de l'enfant du père dans le cas normal d'un enfant légitime ou de la mère dans le cas d'un enfant illégitime ou d'un enfant né après la mort de son père. Ce domicile d'origine peut être déplacé librement à la discrétion de toute personne adulte et capable par un acte qui lui est proposé en acquérant un domicile de choix n'importe où dans le monde. Mais le domicile de choix concerne à la fois la résidence et l'intention de rester de façon permanente ou indéfinie dans le pays choisi. Au XIX^e siècle il était presque inconcevable que les fonctionnaires civils coloniaux britanniques ou les membres des Forces armées servant depuis de nombreuses années dans des parties de l'Empire britannique (excepté la situation des immigrants) souhaitent rester à l'étranger plutôt que de retourner dans le Royaume-Uni pour leur retraite, et c'était en fait le cas. C'est en partie en considération de cette catégorie de personnes et des circonstances que des conditions plutôt rigides ont été posées pour l'acquisition d'un domicile de choix et le maintien ou la résurrection d'un domicile d'origine. Mais lorsque la preuve était suffisante pour révéler l'intention de vivre de façon permanente dans un pays d'Orient, les tribunaux anglais ont éventuellement reconnu l'acquisition dans ce pays d'un domicile de choix.

— Enfin de nombreuses réserves ont été émises par les membres de la Commission quant aux vertus dont est souvent parée la résidence habituelle. En dépit des succès qu'elle a remportés dans les conventions internationales élaborées sous l'égide de la Conférence de La Haye de Droit international privé, on s'accorde à reconnaître qu'elle est loin d'être une panacée⁴.

Il semble en revanche que l'on puisse poursuivre victorieusement le troisième objectif et s'orienter utilement vers la proposition d'un système fondé sur une combinaison de la nationalité et du domicile. L'expression demande d'ailleurs à être précisée, car les « combinaisons » possibles peuvent revêtir des formes variées.

Comme l'a justement relevé M. *Batiffol*, dans sa note d'août 1983, sur la proposition de mettre à l'étude « la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé », il n'est pas inutile à cet égard, aux fins de fixer notre choix, de consulter les précédents.

On sait qu'une tentative de régler certains conflits entre la loi nationale et la loi du domicile a été faite par la Conférence de Droit international privé de La Haye avec la Convention du 15 juin 1955 dont l'intitulé porte qu'elle est faite « pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile ». Or cette Convention s'est soldée par un échec. Si les négociateurs se sont mis d'accord, les

(*Casdagli c/ Casdagli* [1919], A.C. 145). Il s'agissait donc d'une question de preuve. Le droit anglais du domicile a été examiné par la Commission juridique ainsi que le droit écossais par la Commission juridique écossaise en 1985 et différentes réformes ont été proposées incluant l'abolition de la doctrine de la résurrection automatique du domicile d'origine en cas de perte du domicile de choix et son remplacement par l'admission de la continuation du domicile jusqu'à l'acquisition d'un nouveau domicile (comme c'est généralement le cas aux Etats-Unis)... Il apparaît ainsi que l'analogie entre la nationalité et le domicile d'origine qui n'a jamais été très forte, est susceptible de s'évanouir complètement avant le terme de nos discussions. Mais, au-delà de ce point mineur, la distinction majeure est que la nationalité est une matière de droit public tandis que le domicile est une matière de droit privé, essentiellement soumis à la volonté de la personne concernée. »

⁴ Cf. les critiques adressées à la résidence habituelle dans les réponses de MM. *Batiffol*, *Capotorti*, *Carrillo-Salcedo*, *Gannagé*. Même ceux qui manifestent moins d'hostilité à son encontre la réduisent à la portion congrue (*Graveson*, *Jayme*, *Vischer*, *Ziccardi*).

Etats n'ont pas suivi puisque, trente ans plus tard, la Convention n'a été signée que par cinq Etats et ratifiée par deux d'entre eux seulement, ne réunissant pas dès lors le nombre de ratifications nécessaires à son entrée en vigueur.

Toutefois, il ne faut pas oublier que, sous l'intitulé précité, la Convention du 15 juin 1955 traitait en réalité du renvoi. C'est par le biais du renvoi et dans le cadre de ce dernier qu'elle entendait régler certains conflits entre la loi nationale et la loi du domicile. Il était dès lors inévitable qu'elle se heurtât non seulement aux difficultés inhérentes à ces conflits, mais aussi et surtout aux obstacles et controverses relatifs au renvoi (obstacles dont l'Institut de Droit international a pu mesurer l'ampleur lorsqu'il s'est lui-même attaché à l'étude de cette question). Là réside sans doute la raison essentielle de l'échec de la Convention.

Il n'en demeure pas moins :

— que les travaux préparatoires de la Convention de 1955 pourraient parfois être utilisés avec profit dans la mesure où certaines des combinaisons de la loi nationale et de la loi du domicile qui y sont proposées pourraient être transposées en dehors du renvoi. C'est ce que souhaite notre confrère *Allan Philip* qui rappelle opportunément que lors de la préparation de la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, il a été utilement tiré profit de la Convention de 1955 ;

— que l'échec qu'a connu au plan des ratifications la Convention de La Haye de 1955 n'implique nullement qu'une approche différente du problème ne pourrait connaître une issue favorable.

Des précédents encourageants militent en ce sens et incitent à un relatif optimisme. Ces précédents figurent dans la législation et la jurisprudence de plusieurs pays adeptes de la loi nationale qui n'ont pas hésité à se référer à la loi du domicile lorsque la loi nationale fait défaut (cas des apatrides) ou lorsqu'il s'agit de régir les relations entre les membres d'une même famille qui ont des nationalités différentes (*cf.* notamment en France l'arrêt Rivièrè : Cass. civ. I, 17 avril 1953, *Revue critique de droit international privé* 1953, 412, note Batiffol, *Clunet* 1953, 860, note Plaisant, et la juris-

prudence subséquente). Une telle application distributive des principes de nationalité et de domicile peut-elle être généralisée, voire bilatéralisée (cas, par exemple, des familles connaissant l'unité de nationalité, mais pas l'unité de domicile)? C'est par une telle approche tendant à accorder une certaine place à l'un et à l'autre principes et impliquant un esprit de conciliation que le problème a été envisagé par le rapporteur dans son étude préliminaire. Cette méthode ayant recueilli l'adhésion des membres de la Commission consultés sur ce point sera donc reprise dans le présent rapport.

A cette fin, trois questions requièrent une attention particulière.

Il convient en premier lieu, compte tenu de l'intitulé très général du sujet, de préciser le domaine dans lequel la dualité des principes de nationalité et de domicile doit être envisagée (Première partie).

Il y aura lieu ensuite de dresser un bilan des mérites respectifs des principes de nationalité et de domicile afin de savoir si l'un des deux a vocation à l'emporter sur l'autre et surtout de déterminer à propos de quels problèmes l'application de l'un ou de l'autre se révèle la plus bénéfique (Deuxième partie).

Sur la base de ces données, il importera enfin de présenter les différents clivages et de porter sur chacun d'eux une appréciation critique (Troisième partie).

I. — DOMAINE DE LA DUALITÉ DES PRINCIPES DE LA NATIONALITÉ ET DU DOMICILE.

Le sujet retenu semble de prime abord se caractériser par sa généralité puisque la dualité des principes de nationalité et de domicile devrait en bonne logique, en l'absence de toute limitation exprimée dans l'intitulé, être envisagée dans l'ensemble du droit international privé.

Toutefois, une difficulté risque de surgir du fait que le droit international privé ne recouvre pas les mêmes matières dans les divers pays. Parfois limité aux seuls conflits de lois, il englobe dans la plupart des systèmes juridiques tout à la fois les conflits de lois et les conflits de juridictions. Dans quelques autres Etats, il s'étend également à la condition des étrangers, voire même, comme c'est le cas en France, à la nationalité.

Fort heureusement, cette pluralité de conceptions n'engendre relativement à la délimitation du sujet que peu d'ambiguïtés. Deux équivoques doivent cependant être immédiatement dissipées.

a) Même si l'on entend se référer à la conception la plus large du droit international privé (conflits de lois + conflits de juridictions + condition des étrangers + nationalité), il est certain que le problème ne se pose pas au sein de cette dernière matière. Certes, la nationalité pouvant être fondée sur le *jus sanguinis* ou sur le *jus soli* et l'utilisation du critère du *jus soli* conduisant à faire fréquemment appel au domicile à titre de complément du lieu de naissance, le domicile a incontestablement un rôle à jouer. Mais ce rôle se situe dans la *détermination de la nationalité* dont il constitue l'un des éléments. Il ne s'agit donc pas d'une dualité de principes placés sur un pied d'égalité.

b) Il semble qu'il en soit de même, encore que de façon peut-être moins spectaculaire, en matière de condition des étrangers. Là encore le domicile peut être appelé à jouer un rôle non négligeable pour faire bénéficier les étrangers de la jouissance de certains droits. Mais, à l'image de ce qui se passe en matière de nationalité, les principes de nationalité et de domicile ne se situent pas sur le même plan. Le domicile n'intervient, le cas échéant, qu'à titre subsidiaire pour accorder le bénéfice de certains droits à des personnes qui en étaient en principe exclues à raison de leur nationalité étrangère. On ne peut donc envisager à proprement parler de dualité des principes de nationalité et de domicile au sein de cette matière.

Restent alors, aux fins de délimitation du sujet, deux questions qui demeurent entières, car elles suscitent l'hésitation :

Première question : La dualité des principes de nationalité et de domicile doit-elle faire l'objet d'une étude couvrant tout à la fois les conflits de lois et les conflits de juridictions ou doit-elle au contraire être cantonnée aux seuls conflits de lois ?

Deuxième question : Au sein même des conflits de lois, cette étude doit-elle recouvrir l'ensemble des domaines dans lesquels la nationalité et le domicile ont, parmi d'autres critères de rattachement,

ment, voire avec eux, vocation concurrente ou complémentaire à s'appliquer ou doit-elle être restreinte au seul statut personnel, à charge, dans cette hypothèse, de préciser éventuellement le contenu de cette catégorie de rattachement ?

Première question : L'étude de la dualité des principes de nationalité et de domicile doit-elle couvrir à la fois les conflits de lois et les conflits de juridictions ou au contraire être limitée aux seuls conflits de lois ?

Les controverses que cette question est de nature à susciter proviennent du fait que, dans certains pays, la nationalité et le domicile sont, l'un et l'autre, retenus comme critères de détermination de la compétence judiciaire internationale. On sait en effet que, dans la plupart des Etats, le principe sur lequel reposent les règles de compétence internationale, que ces dernières aient leur origine dans des textes spécifiques ou qu'elles procèdent d'une projection sur le plan international des règles de compétence territoriale du droit judiciaire interne, est le célèbre principe « *Actor sequitur forum rei* », en vertu duquel compétence est attribuée au tribunal du domicile du défendeur. Le domicile joue donc en la matière un rôle fondamental qui se trouve encore accentué du fait que plusieurs pays n'hésitent pas à retenir parfois la compétence du tribunal du domicile du demandeur.

Quant au principe de la nationalité, sans prétendre à la même généralité, il n'est pas pour autant absent des règles de compétence judiciaire internationale. Il s'y introduit dans certains systèmes par le canal des privilèges de juridiction fondés sur la nationalité, privilèges dont l'exemple le plus topique est sans doute celui fourni par les dispositions des articles 14 et 15 du Code civil français.

Dans ces conditions, la nationalité et le domicile étant susceptibles d'intervenir l'un et l'autre comme critères de détermination de la compétence juridictionnelle, on pourrait utilement s'interroger sur le bien-fondé de cette dualité dans le cadre des conflits de juridictions.

Certains membres de la Commission ont été sensibles à cette considération et sont favorables à une conception large du sujet.

C'est le cas de nos confrères *Jayme*⁵ et *Vischer*⁶. Notre confrère *Gannagé* propose une solution nuancée⁷.

Mais les autres membres de la Commission qui ont répondu au questionnaire se sont prononcés en faveur de l'exclusion des conflits de juridictions⁸. Et *M. Graveson*, quoique représentant du pays dans lequel conflits de juridictions et conflits de lois sont le plus étroitement liés, a donné son adhésion à la thèse restrictive⁹.

C'est pourquoi le rapporteur propose de limiter le sujet à la seule étude des conflits de lois, et ceci pour deux raisons :

— Lorsque l'on envisage nationalité et domicile en matière de conflits de juridictions, il ne s'agit pas véritablement d'une dualité de principes. Le domicile y apparaît en effet comme le principe

⁵ *M. Jayme* écrit à ce sujet : « A mon avis, il est nécessaire d'inclure les conflits de juridictions. Dans les pays anglo-saxons en droit de la famille la *lex fori* s'applique ; les règles de conflit de lois sont cachées derrière les règles juridictionnelles. C'est pour cela que plusieurs systèmes de l'Europe continentale ont adopté la théorie du "renvoi caché" largement suivi par la jurisprudence allemande qui se base sur des règles juridictionnelles étrangères. En outre, dans le système allemand actuel, la compétence judiciaire, en cas de divorce d'époux étrangers, dépend de la reconnaissance du jugement allemand dans l'Etat dont les époux ont la nationalité (§ 606 b ZPO). »

⁶ *M. Vischer* répond : « Je suis pour l'inclusion de la question de compétence judiciaire. A mon avis, on ne peut pas isoler la question de droit applicable de la question de compétence judiciaire. On doit surtout discuter la question de savoir si la personne a toujours accès aux tribunaux de son Etat national ou si le for national est seulement ouvert si l'action ne peut pas être intentée au domicile ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit, comme le prévoit le projet de loi suisse de droit international privé. Il faut aussi se demander si le for national entraîne l'application de la loi. La question de compétence judiciaire revêt une importance spéciale si l'on suit le système suisse. »

⁷ « Il paraît de fait opportun de centrer l'étude du sujet sur les problèmes de conflits de lois. Cela dit, rien n'empêche si une résolution était adoptée que les problèmes de la compétence judiciaire soient évoqués, soit dans le préambule, soit même dans une disposition spécifique. Les liens des compétences législative et judiciaire sont de plus en plus marqués en droit international privé, d'ailleurs, il est vrai, dans les pays anglo-saxons où l'application de la loi du for paraît plus fréquente. »

⁸ C'est l'opinion exprimée par MM. *Batiffol*, *Capotorti*, *Carrillo-Salcedo*, *Philip* et *Ziccardi*.

⁹ Cf. *Graveson*, réponse au questionnaire.

exprimant le droit commun de la compétence internationale, principe admis par l'ensemble des Etats. En revanche le rôle de la nationalité est tout à fait secondaire. Il apparaît dans quelques Etats seulement et encore fait-il figure d'une exception qui s'exprime dans le cadre d'un for exorbitant au demeurant très critiqué. Dès lors l'orientation d'une proposition de l'Institut de Droit international tendant à l'harmonisation des solutions ne pourrait être que dans le sens de la suppression des privilèges de juridiction fondés sur la nationalité, ce qui retirerait à ladite proposition toute homogénéité dans les solutions du fait que le problème se pose en des termes très différents de ceux qui sont les siens en matière de conflits de lois.

— Il est un autre argument plus prosaïque. Si l'on veut avoir des chances d'aboutir, il faut limiter le sujet à des dimensions raisonnables.

Toutefois, il va de soi que, si les conflits de juridictions doivent être exclus, il y aura lieu, comme le souhaite M. Graveson, d'expliquer leur rapport avec le sujet et les raisons de leur exclusion¹⁰.

Deuxième question : Au sein même des conflits de lois, l'étude de la dualité des principes de nationalité et de domicile doit-elle couvrir l'ensemble des conflits de lois ou au contraire se limiter à ceux relatifs au statut personnel ?

En matière de conflits de lois l'utilisation comme critères de rattachement de la nationalité, du domicile ou de l'un et de l'autre apparaît non seulement dans le statut personnel, mais aussi dans des domaines très variés en dehors de ce dernier.

C'est ainsi par exemple que, dans les conflits de lois en matière de contrats où règne dans tous les pays la loi d'autonomie, le domicile du vendeur, parfois celui de l'acheteur, sont souvent, dans le silence des parties, retenus par les systèmes nationaux de droit international privé comme des éléments de localisation du contrat ou comme des indices d'une volonté présumée lorsqu'ils représentent le lieu de conclusion du contrat. La Convention de La Haye du 15 juin

¹⁰ Graveson : « Si la compétence doit être exclue, il est important et même essentiel d'expliquer son rapport avec notre sujet et les raisons de son exclusion. »

1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels les considérait même comme des règles objectives de conflit. Et la Convention de La Haye du 30 octobre 1985 sur la loi applicable aux ventes internationales de marchandises s'est engagée dans la même voie, à cette différence près quelle se réfère non au domicile, mais à la résidence habituelle. Quant à la nationalité, pour être moins utilisée, elle est parfois retenue lorsqu'elle est commune aux deux parties. Si, en France, la nationalité commune des contractants n'est généralement prise en considération comme indice que lorsqu'elle est jointe à d'autres indices qu'elle conforte, en particulier au lieu de conclusion du contrat¹¹, en revanche, en Allemagne, elle a souvent été préférée à tout autre indice, au moins lorsque la nationalité commune des parties est la nationalité allemande¹². Elle a surtout été consacrée en Italie par l'article 10, paragraphe 5, du Code civil, comme première présomption avant même le lieu de conclusion du contrat.

Toutefois, il convient de remarquer que si, dans les conflits de lois en matière de contrats, une place plus ou moins grande est accordée, suivant les pays, au domicile et à la nationalité, ils n'apparaissent pas comme deux antagonistes, mais sont souvent complémentaires et qu'au surplus, ils ne font qu'exprimer, parmi d'autres indices, une présomption de volonté.

Ce particularisme permet de douter de l'opportunité d'inclure les contrats dans le sujet. Sans doute, comme l'a justement relevé notre confrère *Ziccardi*, il n'est pas satisfaisant d'ériger la nationalité commune en indice prépondérant et il serait peut-être utile que l'Institut, en rappelant cette inopportunité, contribue à réduire l'influence de la nationalité en matière de contrats. Mais on peut hésiter à considérer que le problème se situe dans le cadre de la dualité des principes de nationalité et de domicile.

La même réserve s'impose lorsque l'on envisage non plus le fond, mais la forme des actes juridiques. On sait que la règle « *Locus regit actum* » se voit généralement attribuer un caractère facultatif.

¹¹ Cf. notamment : Cass. civ. 23 avril 1969, *Gaz. Pal.* 1969, 2, 7, note Sarraute ; Cass. com. 9 janvier 1968, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1969, 489 ; Paris, 8 juillet 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, somm. 307.

¹² BGH, 30 mai 1968 et 4 juillet 1969, *Clunet* 1971, 612, observations Wengler.

S'agissant d'une règle destinée à garantir la validité de l'acte, elle ouvre aux parties une option entre plusieurs lois. Mais cette option peut être plus ou moins étendue. Doit-on la limiter à un choix entre la loi locale et la loi nationale ? Lorsqu'il s'agit d'un contrat et non d'un acte juridique unilatéral, la nationalité doit-elle être retenue comme significative uniquement dans l'hypothèse où les deux parties ont la même nationalité ? L'éventail doit-il au contraire être plus ouvert et la référence à la loi du domicile de l'une des parties peut-elle constituer l'une des branches de l'option qui leur est offerte ? Doit-elle au contraire être exclue ou, ce qui constituerait un moyen terme, ne doit-elle être prise en considération que lorsqu'elle coïncide avec la loi choisie par les contractants pour régir le fond de leur contrat ?

Nombreuses sont donc les positions concevables qui influent évidemment sur le rôle respectif de la nationalité et du domicile en la matière. Mais, là encore, il ne s'agit pas à proprement parler d'une question qui se situe dans le cadre de la dualité des principes de nationalité et de domicile en ce sens que l'un et l'autre critères ne sont pas directement en conflit. Le fait de réduire l'option ouverte aux parties peut certes conduire à l'élimination de l'un des critères de rattachement, mais sans pour autant accroître corrélativement le rôle de l'autre. Et, de façon plus générale, il en est ainsi toutes les fois que nationalité et domicile représentent deux des branches d'une option ouverte au sein d'un règlement alternatif.

Ces considérations militent en faveur d'un cantonnement du sujet résultant de l'exclusion des contrats et de la forme des actes juridiques et la majorité des membres de la Commission y a été sensible pour des raisons d'ailleurs variables¹³, certains se fondant sur les arguments sus-exposés, d'autres mettant en avant des raisons de sagesse. C'est le cas de notre confrère *Gannagé* qui écrit : « Cette prise de position ne s'appuie pas sur la définition du statut personnel dont la notion est élastique et prête à ambiguïté. Elle me paraît devoir être adoptée parce qu'elle a plus de chances de préserver l'unité et l'homogénéité du thème de la discussion. Dans ce domaine, il existe une opposition marquée entre nationalité et domicile alors

¹³ Cf. en ce sens les réponses de MM. *Batiffol*, *Gannagé*, *Carrillo-Salcedo*, *Jayme*, *Philip* et *Vischer*.

que dans d'autres ils sont en concours avec d'autres éléments de rattachement. Ce concours, en même temps qu'il rend plus complexe la désignation de la loi applicable, atténue considérablement l'opposition de principe entre loi nationale et loi du domicile. L'opposition s'estompe en matière de contrats où la détermination de la circonstance de rattachement manifeste la localisation de ceux-ci dans un pays déterminé ou exprime la volonté présumée des parties »¹⁴.

Malheureusement le large consensus obtenu sur ce point précis ne suffit pas à résoudre l'ensemble du problème, car il existe au moins deux matières au sein desquelles se manifeste indiscutablement la dualité des principes de nationalité et de domicile et que l'on peut qualifier de marginales par rapport au statut personnel en ce sens que certains pays les intègrent au statut personnel alors que d'autres les situent en dehors de ce dernier. Il s'agit, d'une part, des successions et, d'autre part, des régimes matrimoniaux.

Nombreux sont les Etats qui soumettent les successions à la loi nationale du défunt. C'est le cas de la République fédérale d'Allemagne (art. 24 à 28 EBGB), du Code civil italien de 1942 (art. 3), du Code civil espagnol (art. 9, § 8 du décret-loi de 1974), du Code civil grec (art. 28), de la loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963 (art. 17), de la loi polonaise du 12 novembre 1965, du Code civil portugais du 25 novembre 1966 (art. 62), de la loi est-allemande du 5 décembre 1975 (art. 25, sauf pour les immeubles), de la loi autrichienne du 15 juin 1978 (art. 28), du décret-loi hongrois de 1979 (art. 36). On peut également signaler comme consacrant des solutions identiques avec quelques tempéraments : le Maroc, l'Algérie, (art. 16 du Code civil de 1975), la Tunisie (art. 4 du décret du 11 juillet 1956),

¹⁴ En revanche M. *Capotorti* est favorable à une approche « globale » par rapport à la réglementation des conflits de lois. Le fait que l'on constate assez souvent l'utilisation complémentaire des critères de rattachement que constituent la nationalité et le domicile dans le domaine des obligations contractuelles ainsi que dans la forme des actes lui apparaît comme de nature à conseiller l'inclusion des règles de conflit respectives dans le cadre de la recherche entreprise. En effet, s'agissant de combinaison des deux principes acceptés par certains pays ou par des conventions internationales, leur examen critique pourrait faciliter l'étude de combinaisons souhaitables. Quant à M. *Graveson*, il pense que l'on découvrira les limites qui s'imposeront au fur et à mesure de l'avancement des travaux.

le Liban et le Sénégal (art. 847 du Code de la famille de 1972). Pour compléter cette liste on peut enfin citer la loi yougoslave du 23 avril 1955 (art. 156) qui soumet les successions à la loi nationale, mais en subordonne l'application à la condition de réciprocité.

Les autres pays qui considèrent que c'est à la loi du domicile qu'il appartient de régir les successions font généralement une distinction entre les successions immobilières qu'ils soumettent à la *lex rei sitae* et les successions mobilières qui relèvent de la loi du domicile. C'est le cas, notamment, de la France, mais aussi de l'Angleterre et des Etats-Unis (cf. en particulier la loi de l'Etat de New York sur les successions de 1966, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1969, 364, et le commentaire de P. Herzog) et du Canada, tant au Québec (Castel, *Droit international privé québécois*, p. 374 et suiv.) que dans les provinces anglophones du Canada (Castel, *Canadian Conflicts of Laws*, II, p. 447).

Il apparaît donc que, sous réserve de la soumission par de nombreux pays des successions immobilières à la *lex rei sitae*, l'examen comparatif des différents systèmes de droit international privé révèle bien l'existence en la matière de la dualité des principes de nationalité et de domicile, ce qui constitue un élément favorable à l'inclusion des successions dans le sujet.

Il en va de même *a fortiori* des régimes matrimoniaux.

Là encore nombre de pays soumettent le régime matrimonial à la loi nationale. C'est le cas du Code civil italien de 1865 (la solution ayant été maintenue en 1942), du Code civil espagnol de 1889, du Code civil allemand de 1900, du Code civil grec de 1940, de la loi suédoise du 1^{er} juin 1952, du Code civil portugais de 1966 revu en 1977 (art. 53, *Rev. cr. dr. int. pr.* 1978, 598), du Code sénégalais de la famille de 1972 (*Rev. cr. dr. int. pr.* 1973, 382, avec le commentaire de P. Bourel). Cette solution prévaut également dans les pays de l'Est (cf. notamment les lois polonaises de 1926 et du 12 novembre 1965 qui soumettent le régime matrimonial à la loi nationale commune des époux, à défaut de nationalité commune à la loi du domicile, sinon à la loi du for ; la loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963, la loi Est-allemande du 5 décembre 1975, § 19, et la loi hongroise de 1979, § 39). Même en Belgique où la doctrine et la jurisprudence avaient pu paraître s'attacher comme en France à la volonté des parties, la Cour de cassation a récemment condamné l'idée d'autono-

mie de la volonté et rattaché impérativement le régime matrimonial d'époux de nationalité commune à la loi nationale (Cass. Belgique, 10 avril 1980, *Rev. crit. de jurisprudence belge*, 1981, 309, note F. Rigaux ; *Les grands arrêts de la jurisprudence belge*, p. 490, note Zorbas).

En revanche, en Angleterre et aux Etats-Unis a été maintenu un système parallèle de celui qui régit les successions. A défaut de contrat de mariage régi par la loi d'autonomie, les immeubles sont soumis à la loi de leur situation et les meubles suivent la loi du domicile de leur propriétaire sous l'influence de la maxime « *Mobilia sequuntur personam* » qui les répute groupés en ce lieu en vertu d'une présomption de localisation fictive (*cf.* sur le droit comparé : G. Droz, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé », *Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1974, III, I et suiv. ; H. Gaudemet-Tallon, *Travaux du Comité français de Droit international privé*, 1969-71, p. 197 et suiv.).

En France, la loi d'autonomie et, pour le régime légal, le prolongement de cette loi sous l'influence de l'idée que le régime matrimonial de droit commun est un régime conventionnel tacite ont été consacrés par une jurisprudence constante. C'est par ce biais que s'est introduit le domicile, le domicile matrimonial étant érigé en indice prépondérant de la volonté présumée des époux (comp. au Brésil, sur le rôle important dévolu au premier domicile matrimonial depuis la loi de 1949 : Valladao, *Estudos*, p. 129).

En présence de ces divergences, on peut être tenté de penser qu'une certaine harmonisation pourrait se réaliser en cette matière par une combinaison de la loi nationale et de la loi du domicile. Et cette tentation est d'autant moins utopique que cette harmonisation a été au moins partiellement réalisée par le jeu d'une telle combinaison dans la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (*cf.* sur cette Convention non encore entrée en vigueur, notre article au *Clunet* 1979, 5 et suiv.).

Cette Convention constitue un exemple significatif d'application distributive de la loi nationale et de la loi du domicile. En effet elle soumet à titre principal le régime matrimonial à la loi interne désignée par les époux avant le mariage, mais limite leur choix à la loi de l'Etat de la nationalité ou de la résidence habituelle de l'un d'entre eux lors de cette désignation et à la loi du premier Etat sur

le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage.

A défaut de désignation par les époux de la loi applicable, la Convention soumet le régime matrimonial à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage (art. 4). La loi nationale des époux est cependant applicable dans certaines hypothèses limitativement énumérées, notamment en cas de déclaration sous certaines conditions de l'Etat de la nationalité commune des époux ou à défaut de résidence habituelle commune après le mariage.

L'inclusion des successions et des régimes matrimoniaux dans le sujet peut donc sembler souhaitable. Mais passe-t-elle nécessairement par le préalable d'une définition du statut personnel ou y a-t-il lieu de rester muet sur ce point ?

M. *Batiffol*, dans sa note d'août 1983, se montrait déjà très réservé quant à l'opportunité d'une définition du statut personnel. Il ne lui apparaissait pas que, sur le problème du domaine du statut personnel, des progrès sérieux puissent être proposés par l'Institut. Il faisait, à cet égard, sur le plan général, la remarque expérimentale suivante : on a bien des fois remarqué que des instruments internationaux, notamment les Conventions de La Haye, parviennent, non sans difficultés, à déterminer des rattachements (la situation d'un bien, le lieu où l'acte est passé), mais s'engagent beaucoup plus rarement sur le domaine de la loi du point de rattachement. Un exemple typique est celui de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires. Cet instrument a déterminé des lois que le testateur pouvait suivre pour la forme de ses dispositions de dernière volonté, mais ne s'est pas engagé dans une définition de ce qu'il fallait entendre par forme des actes, sauf sur deux points qui ont suscité dans la pratique des difficultés particulières. Il a paru en effet qu'une telle définition soulèverait trop de problèmes en obligeant à choisir entre des conceptions de droit interne trop divergentes les unes des autres. Les sceptiques opposent que, dans ces conditions, l'unité cherchée n'est pas obtenue. Elle l'est pour les matières où les Etats contractants ont une communauté de conception sur ce qu'il faut entendre par forme des actes, ce qui signifie une unification partielle, et mieux vaut une telle unification que la renonciation à tout rapprochement.

De fait, la Convention en question a eu un succès remarquable puisqu'elle est entrée en vigueur entre vingt-trois Etats. Dans la réponse au questionnaire adressé par le rapporteur, M. Batiffol manifeste à nouveau son hostilité à l'encontre d'une définition par l'Institut du statut personnel. Et cette opinion est partagée par l'ensemble des membres de la Commission qui ont répondu sur ce point audit questionnaire¹⁵. Les raisons qui militent en faveur de cette solution ont été développées et approfondies avec bonheur par M. *Gannagé* lorsqu'il écrit :

« Le recours à la catégorie du statut personnel ne donne pas toujours des résultats satisfaisants. La notion de statut personnel est en effet très élastique. Certes on y inclut généralement sans discussion les dispositions qui règlent le statut individuel de la personne (nom, état, capacité). On y intègre également les relations de famille (mariage, filiation), encore que, pour préserver l'unité du régime de ces relations et aussi leur caractère spécifique, la doctrine a souvent utilisé la catégorie du statut familial par opposition aux statuts individuels des membres de la famille. A cet égard, il peut être utile d'observer que, dans les systèmes pluralistes internes du Liban et de certains pays du Proche-Orient, le nom et la capacité relèvent de la loi civile, alors que les relations de famille sont soumises aux diverses lois religieuses. La catégorie du statut personnel ne permet pas ainsi de fixer dans l'ordre interne le domaine des lois religieuses par rapport à la loi civile. La délimitation de ce domaine s'inspire d'autres critères de la nécessité où se trouve l'Etat de respecter les particularismes essentiels des droits communautaires quand ils s'expriment dans des prescriptions précises et résistent à toute tentative d'unification. Or ces particularismes pénètrent non seulement le droit extrapatrimonial de la famille, mais encore les matières des régimes matrimoniaux et des successions. Le droit international privé de ces pays ne peut que se ressentir de cette physionomie de leurs systèmes internes. Là en effet où l'unité juridique du droit interne a été réalisée, notamment dans le domaine de la capacité, le domicile comme la nationalité pourront être utilisés pour désigner la loi applicable. Le combat entre la nationalité et le domicile sera mené sur le fondement de leurs mérites respectifs. Au contraire, dans les matières où le pluralisme multicommunautaire continue à s'appliquer en droit interne, le domicile ne pourra permettre de désigner la loi applicable pour le règlement des conflits internationaux de lois. Il en sera ainsi dans le droit extrapatrimonial de la famille comme dans les matières des

¹⁵ Réponses de MM. *Capotorti*, *Carrillo-Salcedo*, *Gannagé*, *Jayme*, *Graveson* et *Philip*.

régimes matrimoniaux et des successions soumises à la loi nationale. L'application de la loi nationale à ces matières ne doit pas être interprétée comme le signe de leur appartenance exclusive au statut personnel puisque leur réglementation met également en cause le droit des obligations et des biens. Le rattachement par la nationalité prolonge ici dans les relations internationales le rattachement par la communauté qui commande la solution du conflit interne. D'une manière générale la soumission d'une matière ou d'une situation juridique à la loi nationale ou à la loi du domicile ne dépend pas exclusivement de sa classification dans les diverses catégories juridiques. Elle indique aussi la volonté de l'autorité qui l'effectue de la rattacher aux sujets de la relation envisagée à travers les éléments essentiels qui peuvent les identifier et les caractériser (nationalité, domicile, religion dans les pays où celle-ci constitue un élément autonome de rattachement). Sans doute le rattachement par le sujet n'est pas sans lien avec la qualification des matières envisagées, aussi est-il surtout utilisé dans les matières qui réglementent le statut des personnes et les relations familiales. Mais rien n'interdit qu'il puisse être étendu à d'autres domaines de la vie juridique. L'opposition entre loi nationale et loi du domicile pourrait ainsi surgir en toute matière¹⁶. »

La réserve manifestée à l'encontre d'une définition du statut personnel est sans doute sage, mais au regard de l'insertion ou de l'exclusion des régimes matrimoniaux et des successions, elle doit être nuancée, car les remarques ci-dessus exposées ne sont peut-être pas totalement transposables à la question qui nous préoccupe.

L'étude comparative révèle en effet le lien incontestable qui existe entre la qualification donnée aux successions et aux régimes matrimoniaux et la solution de la compétence législative. L'une et l'autre matières, et c'est l'origine des difficultés qu'elles suscitent au plan des conflits de lois, se situent au carrefour de plusieurs catégories de rattachement : statut personnel, statut réel, statut des actes et des faits juridiques. C'est leur intégration dans l'une ou l'autre de

¹⁶ Cette conclusion rejoint celle exprimée par M. Capotorti lorsqu'il écrit : « L'effort de tracer les frontières de la notion de statut personnel ne me semble pas susceptible de produire des résultats utiles aux fins de notre recherche ; si celle-ci s'oriente vers le but indiqué, il faut considérer que les hypothèses de combinaison de la nationalité et du domicile se vérifient et pourront se multiplier ultérieurement par rapport à un certain nombre de règles de conflit précises plutôt qu'à des matières très étendues dont les limites restent d'ailleurs incertaines en dépit de toute tentative de les fixer sur la base d'une définition scientifique. »

ces catégories qui commande pour une large part¹⁷ la détermination de la loi applicable. Et il est patent que les Etats qui soumettent les successions ou les régimes matrimoniaux à la loi nationale adoptent cette solution parce qu'ils considèrent que la matière relève du statut personnel. Si en France, par exemple, la solution est différente, c'est parce que, d'après les conceptions civilistes traditionnelles qui y ont cours, les effets patrimoniaux du mariage et, de façon générale, le droit patrimonial de la famille sont considérés comme étant en marge du statut personnel.

Il ne s'ensuit pas pour autant qu'il faille dans l'étude entreprise définir le statut personnel avec les dangers d'une telle recherche conceptuelle qui rencontre, ainsi qu'il l'a été signalé, l'hostilité des membres de la Commission. En l'absence d'une telle définition, on pourrait se contenter de relever qu'il existe un contenu minimum admis par presque tous les Etats et qui constituerait le noyau de cette étude. Toutefois, les conséquences qui pourraient être tirées de cette observation devraient être nuancées à un double point de vue :

— D'une part, le statut minimum auquel on pense généralement (statut individuel et statut familial dans son aspect extrapatrimonial, mariage, divorce, filiation, incapacités) n'est même pas admis de façon universelle. Certains pays favorables à la loi du domicile ont du statut personnel une conception encore plus étroite. Il en est ainsi non seulement à cause de la soumission du divorce à la *lex fori*, mais aussi parce que, par exemple, les conditions de fond du mariage obéissent aux Etats-Unis à la loi du lieu de célébration et qu'en Angleterre la capacité de contracter relève de la loi du contrat¹⁸.

— D'autre part, force est de constater qu'il existe des pays dans lesquels le statut personnel a en revanche un contenu beaucoup plus vaste et qui pourraient légitimement souhaiter que les recommandations de l'Institut fondées sur une combinaison de la nationalité et du domicile puissent, le cas échéant, contribuer à la solution des conflits de lois en matière de successions et de régimes matrimoniaux.

¹⁷ Nous reconnaissons volontiers avec M. Gannagé que ce n'est pas le seul élément de décision.

¹⁸ En ce sens les observations de M. Batiffol dans sa réponse au questionnaire.

Indépendamment de l'opportunité d'une définition du statut personnel, la question demeure donc entière de savoir si l'on doit rechercher des règles de conflit aptes à régir le statut personnel *stricto sensu* ou raisonner en tenant compte des successions et des régimes matrimoniaux afin de découvrir des combinaisons de la loi nationale et de la loi du domicile qui puissent leur être appliquées.

La voie large est sans nul doute la plus séduisante et la plus ambitieuse. Mais c'est aussi la plus difficile, car les données du problème et les impératifs qui en commandent la solution ne sont pas nécessairement les mêmes en matière patrimoniale et en matière extrapatrimoniale. Sur le plan patrimonial, le pouvoir d'attraction du statut réel suscite une concurrence supplémentaire non négligeable : celle de la *lex rei sitae*. Et surtout, en matière de régimes matrimoniaux, l'existence de règles de conflit distinctes de celles régissant le mariage peut se justifier du fait que la réglementation des biens des époux ne s'identifie pas à l'objet propre du mariage qui est l'union des personnes ¹⁹.

La complexité du problème explique la variété des avis donnés dans les réponses reçues par le rapporteur. MM. *Batiffol* et *Gannagé* ²⁰ se prononcent en faveur d'une conception étroite du sujet ; MM. *Capotorti*, *Carrillo-Salcedo*, *Jayme* et *A. Philip* sont partisans de l'inclusion des successions et des régimes matrimoniaux et *M. Graveson*, qui propose une délimitation pragmatique du sujet, n'y semble pas hostile ²¹.

¹⁹ *Batiffol* et *Lagarde*, *Droit international privé*, II, n° 642, p. 372 : « La raison d'être de la loi personnelle, à savoir la permanence des règles concernant directement la personne, ne se retrouve pas telle quelle dans le régime matrimonial qui ne concerne la personne qu'à travers les biens. Aussi n'est-il pas surprenant que l'on soit souvent réticent à accueillir une solution introduisant les inconvénients pratiques de la loi nationale dans une matière qui ne la réclame pas et enclin au contraire à reconnaître aux époux le droit de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial, la reconnaissance d'un tel choix paraissant commandée par le caractère patrimonial des problèmes à résoudre. »

²⁰ C'est la crainte de compliquer à l'excès les problèmes posés qui constitue l'argument essentiel invoqué par ces auteurs.

²¹ *M. Graveson* écrit : « Aussi loin que le temps le permet, nous devrions inclure toute matière qui, dans notre opinion, devrait être gouvernée par nos éventuelles propositions. »

Compte tenu de l'opinion exprimée par la majorité, il semble donc qu'il faille s'engager dans la voie large et adopter la méthode que résume en des termes excellents la formule de notre confrère *Carrillo-Salcedo* : « Il faut raisonner en tenant compte des successions et des régimes matrimoniaux afin de découvrir des combinaisons de la loi nationale et de la loi du domicile susceptibles de leur être appliquées »²².

Le domaine du sujet étant ainsi précisé²³, il convient, afin de déterminer la place qui doit revenir à la loi nationale et à la loi du domicile, d'apprécier en toute objectivité les mérites respectifs de l'une et de l'autre.

II. — MÉRITES RESPECTIFS DE LA NATIONALITÉ ET DU DOMICILE ENVISAGÉS COMME CRITÈRES DE RATTACHEMENT.

Lorsque l'on cherche à dresser le bilan des mérites respectifs de la nationalité et du domicile, il y a lieu de se placer à des points de vue variés : fondement de l'application de la loi, permanence ou généralité de la loi, certitude (preuve de la nationalité et du domicile) et mise en œuvre de la règle de conflit, protection des intérêts de l'Etat et des tiers, lien avec la compétence judiciaire, situation des pays à système juridique non unifié. Ce sont les différents postes du bilan qui seront examinés successivement, étant entendu que des appréciations variées peuvent être portées sur leur importance respective en fonction du caractère théorique de certains d'entre eux et du caractère technique des autres²⁴.

²² *Carrillo-Salcedo*, réponse au questionnaire.

²³ M. *Capotorti*, dans sa réponse au questionnaire, fait une brève allusion à l'opportunité d'étendre la comparaison de la nationalité et du domicile à la matière des sociétés commerciales et plus généralement des personnes morales, le dualisme de la nationalité et du domicile (sous forme de siège social) pouvant alors être examiné sous une autre optique. Mais notre confrère estime que cela entraînerait trop loin et nous partageons ce sentiment.

²⁴ Cette distinction est suggérée par M. *Capotorti* qui estime qu'il y a lieu de séparer les « postes de bilan » ayant une valeur purement ou éminemment théorique (fondement de l'application de la loi, généralité ou permanence de la loi applicable, protection de l'Etat et des tiers) de celles qui présentent un caractère technique (mise en œuvre de la règle de conflit, coïncidence ou non de la compétence législative et de la compétence juridictionnelle). Il pense que les questions du premier groupe ont un intérêt très réduit, qu'elles se fondent

A. — *Fondement de l'application de la loi.*

La question à laquelle il convient de répondre lorsque l'on envisage dans cette optique les mérites respectifs de la nationalité et du domicile est la suivante : Pour qui est faite la loi ? Pour les personnes ou pour le territoire ?

On sait qu'au XIX^e siècle l'Ecole italienne de la personnalité des lois (Ecole de Mancini) affirmait que la loi est faite par et pour les nationaux. Etant l'œuvre de ces derniers, elle est par définition adaptée à leur tempérament, car les auteurs des textes connaissent mieux que quiconque leurs besoins et leurs aspirations et savent quelles lois leur conviennent. Il s'ensuit que les lois sont nécessairement le reflet des mœurs, de la race et des traditions nationales et qu'une telle conception conduit évidemment à affirmer la supériorité en tant que critère de rattachement de la nationalité sur le domicile.

Toutefois, cette position a été vivement combattue par d'éminents auteurs et en particulier en France par Lerebours-Pigeonnière qui faisait remarquer que la nationalité commune n'implique pas toujours chez les sujets d'un même Etat l'existence de qualités objectives communes (race, religion, langue). Dans ces conditions, affirmait Lerebours-Pigeonnière, il n'est pas exact de soutenir que les tendances morales et sociales d'une législation (par exemple en matière de sécularisation du mariage, de divorce ou de filiation naturelle) sont appropriées à l'ensemble des nationaux puisqu'au sein d'un même Etat moderne peuvent être regroupés des chrétiens, des juifs et des musulmans. Les modalités des lois sont en partie imputables dans un pays aux mouvements d'opinion qui s'y manifestent et aux préoccupations des gouvernants. Les mœurs variables des sujets s'en accommodent, chacun suivant ses tendances, car leur diversité fait qu'elles n'ont pu les inspirer directement.

Pour ces différentes raisons, Paul Lerebours-Pigeonnière estimait que les modalités les plus nombreuses des législations demeurent techniques et tiennent à des traditions auxquelles les juristes sont sensibles, mais dont la masse des sujets n'est pas consciente. C'est

parfois sur des équivoques et que l'accent doit être mis sur les questions de caractère technique qui permettent de comparer les critères de nationalité et de domicile du point de vue de leur fonctionnement.

ainsi que la sécularisation du droit positif des Etats occidentaux correspond à la prise en considération d'une civilisation cosmopolite qui néglige le particularisme des groupes.

M. Batiffol a souligné le caractère excessif de cette critique. Cet excès transparait dans la mesure où Lerebours-Pigeonnière réduit la nationalité à une aspiration politique commune alors qu'elle représente à tout le moins une mentalité, un état économique et social particulier que la législation reflète au moins partiellement. Toutefois, M. Batiffol reconnaît avec Lerebours-Pigeonnière, et cette notion est importante dans l'optique qui nous préoccupe, que la loi nationale est faite pour la mentalité nationale collective et que l'individu émigré échappe à la mentalité de son pays d'origine pour s'adapter à celle de son pays d'accueil.

Cette considération conduit à nuancer quelque peu les positions prises, et ce à un double point de vue, car une distinction s'impose entre deux hypothèses.

a) Bien que l'antagonisme entre nationalité et domicile se manifeste surtout en matière de statut personnel, on assiste sur le plan général au développement croissant de l'idée qu'il faut distinguer entre les législations proches les unes des autres et celles qui sont profondément différentes.

Ainsi, et c'est une illustration de la première hypothèse, si un Italien s'établit en France ou en Espagne, il est abusif de prétendre que les lois françaises ou espagnoles sont écrites pour des peuples si différents du peuple italien que cet émigré ne pourra s'adapter à un régime aussi insolite pour lui. L'expérience révèle au contraire que l'émigré s'adapte assez facilement aux règles du pays d'accueil, plus facilement sans doute qu'à ses mœurs, et ce d'autant plus que souvent il ne connaissait pas les lois correspondantes de son propre pays.

Au surplus, un correctif important doit être apporté à l'affirmation selon laquelle la loi est faite pour les nationaux. Si la loi tient compte du tempérament des nationaux, c'est parce qu'elle le prend en considération dans la collectivité où il s'exprime, qui est normalement celle de son pays d'origine. Ce milieu sécrète un certain nombre de données qui engendrent un mode de vie collective auxquelles le national échappe s'il émigre à l'étranger. Un Italien qui vit à New York est soustrait au mode de vie collective italien pour

participer inévitablement à celui qui règne aux Etats-Unis. Il en résulte que l'on ne peut valablement arguer de l'adaptation de la loi au tempérament d'un peuple comme d'un facteur parfaitement concluant.

b) En revanche l'argument retrouve toute sa forme, en particulier en matière de statut personnel, lorsque les législations en conflit sont fondamentalement différentes les unes des autres. C'est le cas lorsqu'il existe entre le pays d'origine et le pays d'accueil une différence profonde de civilisation. Ainsi un Français établi en Inde ou en Chine peut avoir quelque difficulté à s'adapter aux mœurs indiennes ou chinoises et l'on conçoit mal que son statut personnel relève de la loi locale.

L'expérience révèle d'ailleurs que, dans certains pays, l'application du critère du domicile est difficilement compatible avec le principe de la personnalité des lois qui y règne, car ce dernier implique l'application en un même lieu de lois différentes aux divers groupes ethniques. Et les pays qui soumettent le statut personnel à la loi du domicile ont été contraints pour réduire cette incompatibilité d'adopter un concept très particulier du domicile. L'exemple le plus significatif est sans doute celui du Royaume-Uni. A l'époque de l'Empire britannique, les Anglais, tout en soumettant le statut personnel des ressortissants britanniques vivant dans ces pays à la loi du domicile, ont attribué au domicile d'origine une importance qui leur a permis de maintenir sous l'empire de la loi anglaise les ressortissants britanniques vivant par exemple en Afrique ou en Inde. C'est une observation dont il importe de tenir le plus grand compte lorsque l'on envisage la dualité des principes de nationalité et de domicile²⁵.

²⁵ Cette situation a pu conduire les auteurs continentaux à s'interroger sur le point de savoir si la règle de conflit adoptée par les Anglais n'est pas en définitive plus proche de celle fondée sur la nationalité que de celle fondée sur le domicile au sens continental du terme. Dans sa réponse au questionnaire notre confrère *Graveson* s'élève contre cette assimilation du domicile d'origine à la nationalité (*cf. supra*, p. 298, note 3).

B. — *Permanence ou généralité de la loi applicable.*

On sait que la question est liée à celle de la préférence à donner à l'extraterritorialité ou à la territorialité de la loi. Pillet, qui relevait qu'en droit interne la loi devait être tout à la fois permanente et générale, constatait que sur le plan international l'un et l'autre caractères ne sont point conciliables. Si l'on veut privilégier la permanence, il faut que la loi suive l'individu dans toutes ses pérégrinations, ce qui postule l'extraterritorialité ou la personnalité des lois (c'est le cas de la loi nationale). Si l'on entend au contraire privilégier la généralité, la loi doit être applicable à tous sur le territoire, son pouvoir s'arrêtant alors nécessairement aux frontières du pays, ce qui postule la territorialité des lois (c'est le cas de la loi du domicile).

En réalité, il est difficile de prendre un parti général et systématique en faveur de l'une ou de l'autre solution, car tout dépend de la matière envisagée. Il n'est pas douteux que le statut réel ne peut s'accommoder que de la territorialité du droit, car l'impératif de généralité est déterminant, tous les immeubles situés dans un même pays devant être soumis au même régime quelle que soit la nationalité de leur propriétaire. La compétence de la *lex rei sitae* s'impose alors ou, à la rigueur pour les meubles, celle de la loi du domicile reposant sur une localisation fictive.

Au contraire, en matière de statut personnel, c'est la considération de la permanence de la loi qui s'impose de la façon la plus impérieuse et l'on peut même affirmer, sans risque d'exagération, que le statut personnel *stricto sensu* est, de toutes les catégories de rattachement, celle qui requiert au plus haut degré la permanence de la loi applicable. Un exemple suffit à s'en convaincre, exemple emprunté à la matière des incapacités. Ne serait-il pas paradoxal qu'un Mexicain âgé de dix-neuf ans devienne majeur s'il vient en France, puis retombe en minorité l'année suivante s'il retourne dans son pays d'origine ?

Effectivement, on enregistre dans la doctrine moderne une prise de conscience de plus en plus prononcée de la permanence nécessaire de la loi personnelle, beaucoup d'auteurs allant même jusqu'à affirmer que cette permanence est la raison d'être de la loi personnelle. Et il n'est pas surprenant que ce soit l'argument principal invoqué

par les partisans de la loi nationale. En effet il est certain, bien que *Cheshire* en ait autrefois douté²⁶, que la loi nationale assure mieux que la loi du domicile la permanence de la loi personnelle, car il est plus difficile de changer de nationalité que de changer de domicile. Dans la plupart des pays, en effet, la nationalité ne repose pas sur des bases volontaristes, mais est octroyée unilatéralement par l'Etat et même la naturalisation n'est pas automatique, alors que, sous réserve des conditions qui sont parfois posées à l'acquisition d'un domicile de droit (par exemple, en France, l'ancien article 13 du Code civil jusqu'à la loi du 10 août 1927), le changement de domicile est libre. Il en résulte qu'en règle générale les individus changent plus souvent de domicile que de nationalité.

Toutefois, la supériorité incontestable de la loi nationale au plan de la permanence de la loi applicable doit être ramenée à ses exactes proportions au bénéfice des observations suivantes :

— Il est incontestable que c'est l'exigence plus ou moins pressante de la permanence qui sépare les Etats attachés à la nationalité de ceux favorables au domicile. Mais il s'agit surtout entre eux d'une différence de degré. Même aux Etats-Unis, l'impératif de permanence n'est pas absent de l'esprit des juges et tous les Etats des U.S.A. n'acceptent pas de considérer comme libérés des liens du mariage ceux qui ont divorcé à Reno. On peut certes objecter qu'il ne s'agit pas là d'une limitation des effets de la loi du domicile au nom de la permanence de la loi applicable puisqu'aux Etats-Unis comme en Angleterre le divorce lui échappe pour obéir à la loi du for, mais la réserve est sans portée, car, la compétence du tribunal saisi étant déterminée par le domicile, on revient à un résultat sensiblement analogue.

— Il serait exagéré d'affirmer que le recours au critère de la nationalité garantit une permanence totale alors que la référence à la loi du domicile n'en assure aucune. En réalité, si le changement de domicile est en principe plus aisé que le changement de nationalité,

²⁶ *Cheshire* relevait que le changement de domicile impose l'obligation de transférer son habitation et l'ensemble de ses intérêts dans un autre pays, ce qui peut être encombrant et parfois même impossible, alors que le changement de nationalité peut se réduire à une simple formalité.

il y a seulement une différence de degré dans la facilité. Le changement de nationalité demeure toujours possible et le changement de domicile n'est pas lui-même d'une facilité dérisoire. Il faut en effet distinguer soigneusement le domicile de la résidence, même si cette dernière n'est prise en considération que si elle est habituelle, comme c'est le cas dans nombre de conventions de La Haye conclues depuis une trentaine d'années et dans lesquelles la résidence habituelle semble être considérée comme une panacée. Et, sur ce point, nous partageons entièrement l'opinion de M. *Batiffol* lorsqu'il écrit :

« Je serai plus réservé sur le rôle que la proposition attribuée à la résidence habituelle. Malgré le succès de cette notion dans les Conventions de La Haye, elle ne constitue nullement une transaction entre le principe de la nationalité et celui du domicile. En effet, elle accentue ce qui, aux yeux des partisans du premier, fait la faiblesse du second, à savoir l'instabilité par la facilité de changer de résidence, supérieure à celle du changement de domicile. D'autre part, elle ne diminue que relativement les difficultés du domicile qui proviennent de l'élément intentionnel que celui-ci implique, car l'habitude n'est pas non plus un pur fait et les résidences habituelles multiples ne sont pas un exemple d'école. La proposition relève le succès de la notion dans le domaine du contrôle des changes. Mais cette matière ne présente pas les besoins de continuité qui sont la raison d'être du statut personnel ; la transposition ne s'impose pas. »

Et l'éminent auteur fait pertinemment remarquer que, dans la suggestion faite par notre confrère *Ziccardi* dans sa note exploratoire (p. 19), c'est bien entre la nationalité et le domicile que la combinaison est envisagée et non pas entre la nationalité et la résidence habituelle²⁷. Ces critiques ont été reprises par les membres de la Commission dans leur réponse au questionnaire²⁸.

— Il convient enfin de remarquer, et c'est un dernier aspect du relativisme de la supériorité de la nationalité sur le domicile au plan de la permanence que, si la loi du domicile, à raison de la plus grande facilité des changements de domicile, donne plus souvent que la loi nationale naissance à des conflits mobiles avec le cortège de complications qui les accompagne et ouvre plus largement la porte à la fraude, cette constatation doit être nuancée à un double point

²⁷ Note d'août 1983.

²⁸ Cf. notamment les réponses au questionnaire de MM. *Batiffol*, *Capotorti*, *Carrillo-Salcedo* et *Gannagé*.

de vue. En ce qui concerne tout d'abord la fréquence des conflits mobiles, tout dépend du domicile retenu. Ainsi, lorsque la règle française de conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux se réfère à la loi du premier domicile matrimonial, la loi désignée est fixée *ne varietur* et est insensible à tout changement ultérieur du domicile des époux. Ce sont au contraire les pays qui attribuent compétence en matière de régimes matrimoniaux à la loi nationale des époux qui connaissent des conflits mobiles lorsque les époux changent de nationalité. En ce qui concerne ensuite les risques de fraude, la référence à la nationalité n'exclut pas la possibilité de fraude à la loi et il ne faut pas oublier qu'en France la théorie de la fraude à la loi est née en droit international privé à propos d'un changement frauduleux de nationalité avec l'affaire de la Princesse de Bauffremont²⁹.

C. — *Mise en œuvre de la règle de conflit.*

Sous l'angle de la mise en œuvre de la règle de conflit, les avantages et les inconvénients respectifs de la nationalité et du domicile doivent être appréciés à un double point de vue. Il s'agit de déterminer, d'une part, le degré de certitude de la preuve de chacun de ces éléments de rattachement et, d'autre part, leur aptitude à régir l'ensemble des hypothèses envisagées.

1° *Certitude.*

Le degré de certitude qu'autorisent la nationalité et le domicile est évidemment fonction de la facilité plus ou moins grande de la *preuve* de l'un et de l'autre éléments de rattachement. Il importe donc de rappeler brièvement les règles qui dominent le régime de la preuve.

En ce qui concerne la *nationalité*, les moyens de preuve varient généralement dans les différents pays suivant les cas d'attribution ou d'acquisition de la nationalité et l'on peut dégager trois séries de règles :

a) Lorsque la nationalité dont se prévaut l'intéressé ou la perte de cette nationalité est subordonnée par la loi à une déclaration ou

²⁹ Cass. 18 mars 1878, S. 1878, I, 193, note Labbé.

à un décret, c'est-à-dire à des actes dont la forme est réglementée, l'intéressé doit produire le document en question et cette production constitue une preuve décisive ;

b) Si l'existence ou la perte de la nationalité est subordonnée à des conditions qui ne rentrent pas dans le a) et qui sont autres que la filiation (par exemple : naissance ou résidence dans le pays), la preuve ne peut être rapportée qu'en établissant l'existence de toutes les conditions requises par la loi ;

c) Enfin, la possession d'état peut se voir attribuer un rôle capital lorsque la nationalité est fondée uniquement sur la filiation.

En dépit de cette variété des modes de preuve on peut dire que, d'une façon générale, s'agissant d'une notion de droit, la nationalité est relativement facile à établir puisque, s'il s'agit d'une nationalité d'origine, sa preuve se ramène à celle de la réunion de certaines conditions (par le jeu, dans de nombreux pays, d'un certificat délivré par l'autorité judiciaire) et que, s'il s'agit d'une nationalité acquise, la production du décret de naturalisation suffit.

En revanche, la preuve du *domicile* est beaucoup moins aisée. En France, certains magistrats vont même jusqu'à affirmer que, dans tout procès dans lequel la loi du domicile est applicable, un litige surgit presque toujours *ab initio* sur la détermination du domicile. Cela tient au fait que, bien que le domicile soit en principe une notion de droit, sa preuve suppose l'établissement de l'existence d'éléments de fait tels que la localisation du « principal établissement » de l'intéressé et de sa permanence, mais aussi celle de l'élément intentionnel, sans préjudice des difficultés inhérentes à la détermination des domiciles légaux. Mais la difficulté essentielle tient sans doute à la preuve de l'unité du domicile. Le droit international privé est, a-t-on dit parfois, le droit des *humiliores* et des *potentiores*. Or ces derniers partagent souvent leur temps par fractions égales entre plusieurs pays, de telle sorte qu'il est à peu près impossible de déterminer quelle est celle de ces résidences qui représente leur domicile.

Toutefois, il serait excessif de prétendre qu'au plan de la certitude la nationalité a tous les mérites et le domicile tous les défauts. Comme le domicile, la nationalité ne peut constituer un élément de rattachement valable que si elle est unique. Or les hypothèses de

double nationalité ne sont pas imaginaires et rendent nécessaire le règlement des conflits de nationalités. Ce règlement s'effectue par une préférence systématique donnée à la nationalité du for lorsque cette dernière est en conflit avec une nationalité étrangère. Lorsque le conflit oppose deux nationalités étrangères, la solution généralement admise consiste à faire prévaloir la nationalité effective ou active, ce qui suppose la prise en considération d'éléments de fait dont la preuve n'est pas toujours aisée. Il est d'ailleurs piquant de constater que le domicile est fréquemment utilisé à cette fin, car l'expérience révèle que la nationalité correspondant au domicile réel est, dans la plupart des cas, la plus active³⁰. Notre confrère *Jayme* pense que cette solution pourrait être utilement étendue au conflit entre la nationalité du for et une nationalité étrangère, le problème de la double nationalité pouvant constituer un des points de la résolution³¹.

Le relativisme entre les mérites de la nationalité et du domicile se manifeste donc là encore. Toutefois, il est permis de penser que, sur le plan de la certitude, la nationalité marque un point, car, de façon générale, sa preuve est plus aisée que celle du domicile.

2° *Aptitude à régir l'ensemble des hypothèses.*

La facilité de la mise en œuvre de la règle de conflit dépend aussi de l'aptitude respective de la nationalité et du domicile à régir l'ensemble des hypothèses susceptibles de se poser. Or, à cet égard, l'un et l'autre laissent percer leurs imperfections lorsqu'ils se trouvent confrontés à des difficultés qui peuvent naître soit de la pénurie, soit de l'excès d'abondance.

a) Pénurie.

Par pénurie, on peut entendre la défaillance de l'élément de

³⁰ Cf. notamment, dans la jurisprudence française : Cass. civ. 15 mai 1974, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1975, 260, note Nisard, *Clunet* 1976, 298, note D. Alexandre.

³¹ « Une résolution de l'Institut pourrait, à mon avis, aboutir à une réconciliation des deux principes en cas de *double nationalité*. C'est la nationalité du pays du domicile qui se prête comme critère de rattachement... Les systèmes nationaux tendent à favoriser la nationalité du for sans tenir compte du domicile dans l'Etat de la nationalité étrangère. A mon avis, le domicile est un facteur qui indique l'effectivité d'une nationalité si une personne appartient à plusieurs Etats. »

rattachement, l'individu auquel on prétend appliquer sa loi nationale ou la loi de son domicile n'ayant pas de nationalité ou étant dépourvu de domicile.

— *Absence de nationalité.*

L'absence de nationalité légale doit être distinguée de l'absence de nationalité effective.

La première est fréquente, car elle constitue le lot de nombreux réfugiés politiques qui ont été déchus de leur nationalité d'origine et qui, n'ayant pas encore acquis la nationalité de leur pays d'accueil, se trouvent, de ce fait, apatrides. Or c'est une évidence que l'on ne peut appliquer sa loi nationale à quelqu'un qui ne possède pas de nationalité. Plusieurs solutions de remplacement peuvent alors être envisagées : application de la loi du lieu de naissance, application de la loi du for, application de la loi du domicile. Celle qui est la plus généralement retenue consiste à soumettre le statut de l'apatride à la loi de son domicile. Ce n'est qu'à défaut de domicile que l'on recourt à la loi du for. C'est ce système à double détente qui a eu les faveurs de la Convention de New York du 28 septembre 1954.

La seconde, à savoir l'absence de nationalité effective, concerne le cas des réfugiés qui n'ont pas été déchus de leur nationalité, mais pour lesquels cette nationalité n'a plus guère de signification, car, pour des raisons d'ordre politique, ils sont dans l'impossibilité de bénéficier de la protection de leurs autorités nationales. Là encore, il est souhaitable de se référer à un rattachement subsidiaire qui peut être le domicile ou, à défaut, la résidence. C'est la solution consacrée par le droit conventionnel³².

— *Absence de domicile.*

Elle est beaucoup plus rare et peut difficilement être suppléée par l'appel à la nationalité, car elle se double, dans la plupart des cas, d'une absence de nationalité et, dans les autres hypothèses, le remède utilisé est le recours à la loi de la résidence plutôt qu'à la loi nationale. Sur ce point donc, il apparaît que le domicile est sans doute un critère de rattachement supérieur à la nationalité, étant moins sujet à défaillance que cette dernière.

³² Conventions de Genève du 28 octobre 1933, article 4, et du 28 juillet 1951, article 12.

b) Excès d'abondance.

Une partie importante du statut personnel est constituée par le droit de la famille. Il s'agit alors de découvrir non la loi d'une personne, mais la loi d'un lien (loi des deux époux en matière de mariage et de divorce, loi commune aux différents membres de la famille en matière de filiation). Le problème se pose dans les mêmes termes en matière de régime matrimonial. Est-ce la nationalité ou est-ce le domicile qui permet d'assurer dans les meilleures conditions l'unité du statut familial au plan de la compétence législative ? Dans cette perspective les insuffisances de la loi nationale ont été maintes fois dénoncées. Et il n'est pas inutile de les rappeler avant de rechercher si la loi du domicile est elle-même exempte de tout reproche.

— Avec la multiplication des mariages mixtes aggravée par l'évolution du droit de la nationalité qui conserve le plus souvent à la femme mariée sa nationalité d'origine et, en tous cas, ne lui impose plus la nationalité du mari, les systèmes juridiques qui soumettent le statut personnel à la loi nationale se sont trouvés confrontés à un très grave problème : le conflit des lois personnelles. En effet, quelle loi personnelle appliquer, celle du mari ou celle de la femme ? Dans ces familles hétérogènes, la filiation relève-t-elle de la loi personnelle du ou des auteurs ou de la loi nationale de l'enfant et, lorsque les deux parents n'ont pas la même nationalité, laquelle des deux lois nationales doit prévaloir ?

Le problème est insoluble dans le cadre de la loi nationale. Le droit international privé français en a fait l'expérience à propos du divorce d'époux de nationalités différentes. Aucune des solutions proposées par les auteurs ou adoptées par les tribunaux ne s'est avérée viable : application distributive ou cumulative des lois nationales en présence, prépondérance de la loi nationale du mari, privilège de nationalité conduisant à soumettre le divorce à la loi française dès lors que l'un des époux était français. Et l'on a bien été obligé pour aboutir à un résultat satisfaisant de sortir de la loi nationale et de soumettre le divorce d'époux de nationalités différentes à la loi du domicile commun³³. C'est sans doute le point sur

³³ Ce fut le mérite de la jurisprudence Rivière. Cass. civ. I, 17 avril 1953, Rivière, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1953, 412, note Batiffol, *Clunet* 1953, 860, note Plaisant, *J.C.P.* 1953, II, 7863, note Buchet. Cf. sur la question : Francescakis,

lequel la loi nationale laisse percer ses défauts les plus graves et l'hypothèse dans laquelle la combinaison « nationalité-domicile » s'impose de la façon la plus impérative, ainsi qu'il le sera démontré ultérieurement.

— Mais il serait vain de penser que le domicile est lui-même à l'abri de tout grief sur ce terrain. Il est des cas dans lesquels il n'assure pas mieux que la nationalité l'unité de compétence législative en matière de statut familial. Les pays à loi nationale en ont fait l'expérience en matière de divorce d'époux de nationalités différentes lorsque les époux, étant déjà séparés de fait, n'avaient plus de domicile commun depuis plusieurs années. En l'absence tout à la fois de nationalité commune et de domicile commun, force a été de revenir à la *lex fori*³⁴. Et les pays à loi du domicile auraient rencontré les mêmes difficultés s'ils n'avaient pas soumis le divorce à la loi du for. Mais, le problème n'étant esquivé par eux qu'en matière de divorce, reste à savoir s'il ne serait pas utile qu'en cas de nationalité commune, mais de domiciles séparés, ils recourent à titre subsidiaire à la nationalité dans les domaines du droit de la famille qu'ils maintiennent sous l'empire de la loi du domicile.

Il apparaît donc, lorsqu'on évalue les mérites respectifs de la loi nationale et de la loi du domicile aux fins d'assurer l'unité du statut familial, que le domicile présente un avantage certain sur la nationalité sans pour autant permettre de supprimer le problème. Sa supériorité tient seulement au fait que l'absence de domicile commun semble moins fréquente que l'absence de nationalité commune. Il s'agit donc là encore d'une question de degré.

D. — *Protection des intérêts de l'Etat et des tiers.*

Lorsque l'on recherche quelle est celle des deux lois (loi nationale ou loi du domicile) qui assure le mieux la protection des intérêts de l'Etat, il est impossible de donner une réponse ayant une portée générale. En effet tout dépend de la situation démographique de

Rev. crit. dr. int. pr. 1954, 325 ; Cass. civ. I, 15 mars 1955, Lewandowski, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1955, 320, note Batiffol, *D.* 1955, 540, note Chavrier, *J.C.P.* 1955, II, 8771, note Ponsard.

³⁴ Cass. civ. I, 15 mai 1961, Tarwid, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1961, 547, note Batiffol, *Clunet* 1961, 734, note Goldman, *D.* 1961, 437, note G. Holleaux.

l'Etat en question. Les pays d'immigration ont apparemment intérêt à soumettre le statut personnel à la loi du domicile. Une telle règle de conflit leur permet d'assurer l'emprise de leur loi sur les nombreux immigrés qui vivent sur leur territoire et, ce faisant, de faciliter et d'accélérer une assimilation que risquerait de contrarier le maintien d'un particularisme juridique résultant de la compétence de la loi d'origine. Et la loi de ces pays n'enregistre qu'une diminution très faible des cas dans lesquels elle s'applique, car son absence de portée extraterritoriale n'a qu'une incidence négligeable, les pays d'immigration ne voyant que peu de leurs nationaux émigrer à l'étranger. Les pays d'émigration sont évidemment dans une situation inverse et il n'est pas surprenant que l'Italie ou la Grèce par exemple demeurent très attachées à la loi nationale. Dans la mesure où elle soumet en principe le statut personnel à la loi nationale, la France semble adopter une position qui dément ces observations puisqu'elle est par excellence un pays d'immigration. En réalité, la contradiction n'est qu'apparente, car l'adoption de la loi nationale remonte au Code civil dont la promulgation se situe à une époque où la France n'était pas encore un pays d'immigration. Depuis qu'elle l'est devenue, elle fait une place croissante à la loi du domicile. Quoi qu'il en soit, l'opposition d'intérêts qui se manifeste entre les Etats en fonction de la situation propre de chacun d'entre eux est de nature à entretenir le scepticisme quant aux chances d'une solution universaliste consacrant le triomphe absolu soit de la loi nationale, soit de la loi du domicile.

Quant à la protection que l'on désigne de façon sans doute impropre du nom de protection de l'intérêt des tiers, il s'agit de la protection de ceux qui traitent avec l'individu dont le statut personnel est en question. Elle affecte donc surtout la question de la loi applicable à la capacité. Il n'est pas douteux qu'en ce domaine l'application de la loi nationale est de nature à réserver parfois des surprises. Le commerçant local n'est pas obligé de connaître la loi nationale étrangère déterminant l'âge de la majorité de son cocontractant. Et l'on a vu pour cette raison les tribunaux écarter la loi nationale de l'incapable au profit de la loi du for³⁵. Mais il

³⁵ Cf. en France : Cass. Req. 16 janvier 1861, Lizardi, *D.P.* 1861, I, 193, S. 1861, I, 305, note Massé.

serait vain de penser que la substitution de la loi du domicile à la loi nationale ferait disparaître la difficulté, car l'étranger est loin d'être toujours domicilié dans le pays où il contracte. D'ailleurs, les pays qui n'admettent pas la soumission de la capacité de contracter à la loi nationale lui appliquent généralement non la loi du domicile, mais la loi du contrat. Comme la loi nationale, la loi du domicile risque d'être parfois dangereuse pour le cocontractant et, dans cette mesure, laisse subsister la nécessité d'un correctif exceptionnel tel que celui fondé sur l'ignorance de la loi étrangère.

E. — Coïncidence de la compétence législative et de la compétence juridictionnelle.

Les partisans de la loi du domicile présentent volontiers comme l'une des vertus dont ils la parent le fait qu'elle assure la coïncidence de la compétence législative et de la compétence juridictionnelle, la loi du domicile se confondant presque toujours avec la loi du for. Il en résulterait un meilleur règlement du litige, le juge appliquant mieux sa propre loi qu'il connaît bien qu'une loi étrangère qu'il connaît mal.

Pour inavouable qu'il soit, l'argument ne manquerait pas de pertinence s'il n'était partiellement démenti par les faits. Certes, le domicile permet plus souvent que la nationalité de faire concorder la compétence législative et la compétence judiciaire puisque le principe de compétence admis en matière internationale est le principe « *Actor sequitur forum rei* » en vertu duquel le litige doit être porté devant le tribunal du domicile du défendeur.

Toutefois, cette coïncidence, pour fréquente qu'elle soit, n'est pas pour autant générale, et ce pour deux raisons :

a) D'une part, le principe « *Actor sequitur* » n'est pas le seul chef de compétence retenu ; il souffre de nombreuses exceptions dont certaines seraient plutôt de nature à servir la cause de la nationalité (privileges de juridiction fondés sur la nationalité comme, en France, ceux résultant des articles 14 et 15 du Code civil) ;

b) D'autre part, même lorsque le principe « *Actor sequitur* » s'applique, la coïncidence suppose que la notion de domicile retenu soit la même en matière de compétence judiciaire et de compétence

législative. Souvent il n'en est rien et, notamment, en matière de statut personnel, il peut y avoir domicile du défendeur dans un pays (domicile qui fonde la compétence judiciaire), sans que, pour autant existe dans ce même pays le domicile commun des époux qui est seul pris en considération comme critère de détermination de la compétence législative. Comme le remarque justement M. *Batiffol*³⁶ relativement à la coïncidence fréquente de la loi du juge saisi et de celle du domicile : « Il ne s'agit, dans la majorité des cas, que du domicile du défendeur, ce qui reste un mérite, mais précisément relatif ». Enfin, on peut noter que le concept même de domicile pris en considération varie d'un pays à l'autre et qu'au sein d'un même pays le domicile retenu pour la compétence législative n'est pas toujours identique à celui sur lequel est fondée la compétence judiciaire. Ainsi, en Angleterre, il semble que le rôle si important attribué au domicile d'origine ne se retrouve pas au plan des conflits de juridictions.

La conclusion sur ce point doit donc se limiter à la constatation que la référence au domicile permet au juge d'appliquer sa propre loi plus souvent que ne l'y conduisent les règles de conflit fondées sur la nationalité.

G. — *Situation des pays à système juridique non unifié.*

La difficulté sur laquelle l'accent est généralement mis concerne les rapports entre les pays qui soumettent le statut personnel à la loi nationale et les pays à système juridique non unifié. La gravité du problème ne saurait effectivement être sous-estimée, compte tenu du nombre important d'Etats, parmi les plus grands, dont la législation n'est pas unifiée (Etats-Unis, U.R.S.S., Royaume-Uni notamment). Si un Américain (des Etats-Unis), domicilié en France, y demande le divorce, la règle de conflit française désignait (avant la loi de 1975) la loi nationale de l'intéressé. Mais cette loi n'existe pas, car il y a autant de lois en matière de divorce aux Etats-Unis qu'il y a d'Etats composant l'Etat fédéral et la nationalité n'est d'aucun secours pour déterminer si l'on doit appliquer la loi de l'Etat de Californie ou celle de l'Etat de Louisiane par exemple. Un autre critère doit alors être utilisé et l'on pense tout naturellement au

³⁶ Réponse au questionnaire.

domicile. C'est pourquoi l'hypothèse sus-énoncée est généralement présentée comme un cas de substitution du domicile à la nationalité.

Cela est exact sous une double réserve.

— S'il est vrai que le juge recourt le plus souvent à la règle de conflit interne du pays à système juridique non unifié et que cette règle désigne généralement la loi du domicile pour résoudre le conflit interne, il n'en est pas toujours ainsi et d'autres critères ont parfois la préférence des juges.

— La substitution du domicile à la nationalité n'est valable que si le conflit interne à résoudre est un conflit interterritorial et non un conflit interpersonnel. Or il existe un nombre respectable de pays dans lesquels le défaut d'unité de la loi nationale tient, non pas à une répartition territoriale des lois en vigueur, mais à une distinction entre groupes ethniques et, plus particulièrement entre groupes religieux. Ainsi, dans les Etats du Moyen-Orient, les musulmans relèvent de la loi coranique, les israélites de la loi mosaïque, les chrétiens du droit canonique. Dans ce cas, la détermination de la loi applicable ne saurait être résolue par un recours à la notion de domicile. Il apparaît au contraire que l'articulation est parfaitement possible entre la règle de conflit du for désignant la loi nationale et le principe de répartition de la loi nationale sur la base d'un critère fondé sur la religion dans le pays du Moyen-Orient considéré. Bien plus, l'expérience révèle que, dans ces pays, ce sont les Etats qui soumettent le statut personnel à la loi du domicile qui éprouvent le plus de difficultés à coordonner leur règle de conflit à une semblable répartition. Pour reprendre l'exemple classique d'une succession soumise aux juges anglais d'une personne décédée domiciliée en Egypte, la référence au domicile n'est d'aucun secours dans la mesure où la règle interne égyptienne répartit les compétences législatives en fonction de critères religieux en faisant régir le statut personnel des membres des diverses confessions religieuses vivant sur son territoire par des lois différentes. La compétence de la loi du domicile serait au surplus dépourvue de toute signification si le défunt n'était pas égyptien et n'appartenait à aucune des confessions religieuses considérées.

C'est pourquoi il est en ce domaine difficile d'affirmer qu'il existe une supériorité du domicile sur la nationalité ou vice-versa. Ils doivent être renvoyés dos à dos. Le domicile permet de régler

plus aisément les problèmes dans les rapports avec les pays à système juridique non unifié en cas de conflits interterritoriaux, la référence à la nationalité est préférable lorsqu'il s'agit de conflits interpersonnels.

III. — ESQUISSE DES SOLUTIONS POUVANT ÊTRE ENVISAGÉES.

Le bilan qui vient d'être dressé des mérites respectifs du domicile et de la nationalité fait apparaître le relativisme des avantages et des inconvénients de l'un et de l'autre critères. Ainsi la compétence de la loi nationale semble poser des problèmes plus délicats que celle de la loi du domicile lorsque, à la suite d'un mariage mixte, les membres d'une même famille ont des nationalités différentes. Mais, en cas de domiciles séparés et de nationalité commune, c'est le recours à la loi du domicile qui débouche sur une impasse. De même, dans les rapports avec les pays à système juridique non unifié, la compétence de la loi du domicile permet de triompher des embûches dressées par les conflits interterritoriaux, mais, en revanche, en cas de conflits interpersonnels, elle n'est d'aucune aide et le recours à cette loi risquerait au contraire d'avoir des conséquences maléfiques. Dans ces conditions, il est impensable de préconiser une solution consistant en l'adoption d'une règle de conflit de lois fondée exclusivement soit sur le domicile, soit sur la nationalité.

Une telle solution n'aurait d'ailleurs aucune chance de recevoir un accueil favorable. Il en serait ainsi à coup sûr d'une proposition de généralisation de la loi nationale. Tous ceux qui ont eu l'occasion de participer à des négociations internationales savent et peuvent attester que les Etats qui soumettent le statut personnel à la loi du domicile ont toujours manifesté la plus grande intransigeance et se sont refusés à jeter du lest en faveur de la loi nationale, et ce alors même que seule une amodiation de leur droit positif était envisagée. *A fortiori* ne sauraient-ils souscrire à des propositions qui tendraient à un abandon total de la loi du domicile au profit de la loi nationale.

La proposition inverse, celle tendant à consacrer le triomphe total de la loi du domicile, ne serait vraisemblablement pas vouée à un meilleur sort. Certes, les pays à loi nationale sont plus réceptifs à des perspectives de conciliation et font une place, du moins pour

nombre d'entre eux, à la loi du domicile dans la règle de conflit régissant le statut personnel. Mais ils semblent n'y consentir que lorsque la référence au domicile est limitée et ne dévore pas le principe de la compétence de la loi nationale. Ils ne seraient donc pas perméables à une substitution pure et simple de la loi nationale à la loi du domicile dans leur système de droit international privé.

Cette réticence probable, même des pays les plus conciliants, n'a rien qui puisse surprendre. Ainsi qu'il l'a été montré, la loi nationale et la loi du domicile ont des avantages qui varient en fonction de la situation démographique de chaque pays. Il est donc logique que les Etats d'émigration demeurent attachés à la loi nationale et que les pays d'immigration cherchent au contraire à privilégier la loi du domicile.

C'est pourquoi tous les membres de la Commission qui ont répondu au questionnaire s'accordent à constater le relativisme des mérites respectifs de la nationalité et du domicile et à en déduire l'inopportunité de la recherche d'une solution universaliste fondée sur la référence exclusive à l'un ou à l'autre critère de rattachement, recherche qu'ils jugent dépourvue de tout réalisme.

Ce n'est pas à dire pour autant que toute tentative de rapprochement entre les différents systèmes de droit international privé doive être abandonnée. En effet l'étude des mérites respectifs de la nationalité et du domicile a révélé que chacun présentait des zones d'ombre et des zones de lumière et que certains problèmes insolubles par l'un pouvaient être traités de façon satisfaisante par l'autre. C'est pourquoi les deux critères peuvent être utilisés de façon distributive et coexister au sein d'un même système juridique. Cette coexistence peut même être harmonieuse dès lors que nationalité et domicile ne sont pas antinomiques, mais complémentaires, et peuvent même, le cas échéant, être combinés. Là encore l'unanimité semble s'être réalisée au sein de la Commission et les opinions convergent pour admettre que l'harmonisation pourrait être atteinte par une combinaison de l'un et l'autre critères³⁷.

L'utilisation d'une pluralité de critères implique la découverte de clivages permettant d'effectuer une ventilation entre leurs domaines

³⁷ M. Carrillo-Salcedo pense que la combinaison est plus praticable en partant de la nationalité que du domicile.

respectifs. Dans cette optique, il est nécessaire de résoudre deux questions préalables (A) avant de sélectionner, dans l'éventail des clivages possibles, ceux qui méritent d'être retenus (B).

A. — Une des questions posées aux membres de la Commission était celle de savoir s'il était opportun de procéder à une « atomisation » du statut personnel. Sur ce point, les avis sont partagés³⁸ mais il semble que la majorité des membres de la Commission soit hostile à une telle atomisation. Et la considération essentielle sur laquelle se fonde cette opinion a été excellemment exposée par notre confrère *Gannagé* lorsqu'il écrit : « Il est nécessaire de limiter autant que possible le dépeçage, de manière à préserver les ensembles législatifs, à assurer la cohésion du droit applicable aux personnes et aux relations de famille »³⁹.

Un second problème concernant la combinaison de la nationalité et du domicile est relatif à la hiérarchie qui est susceptible d'être ou de ne pas être retenue entre eux. Doivent-ils être juxtaposés et placés sur un pied d'égalité ou doit-on suggérer une combinaison hiérarchisée au sein de laquelle l'un ferait figure de principe et l'autre d'exception, ce dernier jouant alors un rôle subsidiaire ? M. *Gannagé* s'est exprimé sur ce point en considérant que la combinaison de la nationalité et du domicile doit être une combinaison hiérarchisée, l'un des deux éléments de rattachement jouant un rôle complémentaire ou subsidiaire par rapport à l'autre qui sera utilisé à titre principal⁴⁰. La question mérite d'être approfondie, mais la réponse nous semble prématurée, car elle s'imposera en fonction des clivages retenus.

³⁸ M. *Capotorti* ne voit pas d'objection à une telle atomisation et M. *Jayme* est favorable à un « dépeçage » du statut personnel.

³⁹ Cf. en ce sens les réponses de MM. *Batiffol*, *Carrillo-Salcedo*, *Graveson* et *Gannagé*.

⁴⁰ M. *Gannagé* précise toutefois que la subsidiarité qu'il envisage ne pourra jouer dans les Etats multiconfessionnels dont le droit interne est fondé sur le pluralisme des statuts familiaux. Dans ces pays, le domicile ne pourra prendre la relève de la nationalité et d'autres solutions ont dû être trouvées pour remédier aux défaillances de celle-ci (application discutable de la loi nationale du mari, recours à l'autonomie de la volonté pour la désignation de la loi applicable aux effets et à la dissolution des mariages mixtes).

B. — Restent en effet à découvrir, dans l'éventail des clivages possibles, ceux qui méritent une attention particulière.

1° Un premier clivage qui peut être envisagé est celui consistant à distinguer l'état de la capacité des personnes aux fins de soustraire cette dernière à l'empire de la loi nationale. En effet, le grave inconvénient que présente la soumission de la capacité de contracter à la loi nationale réside dans le fait qu'elle n'assure pas une protection suffisante du cocontractant de l'incapable, la loi nationale de ce dernier étant souvent dans les contrats internationaux différente de la loi du lieu de conclusion du contrat qui est sans nul doute celle que le cocontractant peut le plus facilement connaître.

Toutefois, il ne semble pas que la substitution en la matière de la loi du domicile à la loi nationale puisse constituer un remède efficace. En effet la loi du domicile ne coïncide pas nécessairement elle non plus avec la loi du lieu de conclusion du contrat. Dans la grande majorité des cas, l'incapable, contractant hors de son pays parce qu'il est en voyage d'affaires ou de tourisme, n'est pas domicilié dans le pays où il traite. Il n'y aurait donc rien de changé.

Un autre argument est de nature à imposer l'exclusion d'un tel clivage. On constate en effet que presque toutes les conventions internationales relatives aux conflits de lois en matière de contrats prennent soin de ne pas traiter de la capacité de contracter ou même de l'exclure *expressis verbis* de leur domaine d'application, et ce alors même qu'elles traitent de la loi applicable aux conditions de formation du contrat. C'est sans doute parce que toute tentative d'unification a paru sur ce point irréalisable. Elle risquerait en effet de se heurter tout à la fois à l'hostilité des pays qui soumettent le statut personnel à la loi nationale et de ceux qui le rattachent à la loi du domicile. Les premiers demeurent très attachés au maintien de la référence à la loi nationale, car ils considèrent qu'en matière de capacité l'exigence fondamentale qu'il y a lieu de satisfaire est celle de la permanence de la loi applicable. Quant aux seconds, ils ne seraient pas particulièrement heureux de l'adoption de la loi du domicile en matière de capacité, car cette solution n'est pas actuellement celle de leur droit positif. En effet l'Angleterre, par exemple, soumet la capacité de contracter non à la loi du domicile, mais à la

loi du contrat, c'est-à-dire à la loi d'autonomie. Ce faisant, elle situe le problème en dehors du statut personnel⁴¹.

Certes, on peut faire remarquer que les règles de conflit posées, en matière de vente, par exemple, par les Conventions de La Haye (Convention de 1955 sur la loi applicable aux ventes internationales d'objets mobiliers corporels ; Convention de 1985 sur la loi applicable aux ventes internationales de marchandises), conduisent fréquemment à soumettre la vente à la loi du domicile du vendeur ; parfois aussi, elles entraînent la compétence de la loi du domicile de l'acheteur. Mais ce n'est pas toujours le cas. Ces règles ne jouent en effet qu'en l'absence d'un choix exprès de la loi applicable par les parties. Et, même dans le silence des contractants, encore faut-il, pour que la coïncidence existe, que la partie dont la capacité est en cause soit celle dont le domicile est pris en considération pour la détermination de la loi du contrat, puisqu'il est très rare que les domiciles des deux parties se situent dans le même pays.

Les réponses au questionnaire révèlent que les avis demeurent partagés. Plusieurs membres de la Commission sont en effet favorables à l'exclusion de la loi nationale en matière de capacité. C'est le cas de M. *Graveson* qui est partisan de la loi du contrat, de M. *Vischer* qui est favorable à la soumission de la capacité à la loi du domicile et de M. *Carrillo-Salcedo* qui suggère d'écarter dans l'intérêt des tiers la loi nationale en matière de capacité. D'autres émettent une opinion plus nuancée. Outre M. *Capotorti* qui considère qu'il faut se garder d'un clivage trop abrupt, c'est le cas de M. *Jayme* qui estime que, pour la capacité, il y aurait lieu de faire une distinction entre les contrats conclus à l'intérieur d'un pays et les contrats par correspondance conclus entre personnes qui ont leur résidence habituelle dans des pays différents. Pour les premiers, il serait souhaitable d'écarter la loi nationale au profit de la loi locale. Enfin M. *Gannagé* juge préférable de maintenir la capacité sous l'empire de la loi personnelle, quitte à tempérer dans l'intérêt des tiers la règle ainsi adoptée par des solutions inspirées de l'arrêt Lizardi. Comme le relève justement notre confrère, cette position a été consacrée par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur les obligations

⁴¹ Dans sa réponse au questionnaire M. *Graveson* estime d'ailleurs que la capacité de contracter doit relever de la loi du contrat.

contractuelles (art. II) ainsi que par plusieurs codifications nationales, notamment celles des Etats du Proche-Orient. Elle conduit à consacrer la validité du contrat, malgré l'existence d'une incapacité établie par la loi personnelle de l'un des contractants si l'autre a contracté de bonne foi dans l'ignorance excusable de cette incapacité. Pour M. *Gannagé*, cette solution qui a le mérite, en raison de sa souplesse, de préserver la permanence du statut personnel tout en assurant la sécurité des transactions et la protection du commerce, devrait être appliquée de façon générale sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que le contrat a été conclu dans l'Etat du for ou dans un Etat étranger.

2° Le second clivage que l'on pourrait songer à mettre en œuvre est d'un ordre tout différent. Il consisterait à faire une coupure dans le statut personnel, *coupure dans le temps*, en le soumettant à deux lois successives.

L'étranger verrait pendant un certain nombre d'années son statut personnel maintenu sous l'empire de sa loi nationale. Ledit statut serait ensuite appréhendé par la loi de son domicile. C'est une solution qui avait autrefois été suggérée en France par le projet de Code de droit international privé élaboré sous l'influence de Niboyet par la Commission de réforme du Code civil. De même, comme le rappelle M. *Philip*, l'exigence d'une certaine durée de résidence avant d'accepter l'application de la loi du domicile a été consacrée par les Conventions scandinaves qui ont fixé cette durée à deux ans et à cinq ans.

Une telle solution n'est pas sans mérites dans l'optique d'une assimilation des immigrants. Il faut en effet tenir compte de la variété des situations des étrangers qui vivent dans un pays. Certains ne font qu'y séjourner pendant une période de quelques mois, voire de quelques années, période en tous cas relativement brève. Ils n'ont pas perdu l'esprit de retour dans leur pays d'origine qu'ils retrouveront effectivement au terme de leur exil temporaire. Il est logique, dans ces conditions, de les maintenir sous l'empire de leur loi nationale.

En revanche, si l'étranger vit dans le pays d'accueil depuis plus de cinq ou dix ans, il s'y est progressivement enraciné et il est légitime que la loi de ce pays appréhende son statut personnel. La soumission de cet étranger à la loi de son domicile présente alors

l'avantage de faciliter son assimilation en supprimant le particularisme de son statut et en franchissant une étape intermédiaire vers sa naturalisation.

L'idée est donc valable en soi. Malheureusement, elle repose sur des présomptions qui sont parfois démenties par les faits dans la mesure où il arrive que des étrangers retournent dans leur pays d'origine au bout de dix ou quinze ans. Au surplus sa mise en œuvre est fort malaisée, car elle a toujours buté sur la difficulté de fixer le délai à l'expiration duquel il est opportun de passer de la loi nationale à la loi du domicile.

C'est sans doute la raison pour laquelle elle n'a rencontré auprès des membres de la Commission qu'un accueil mitigé. Certains de nos confrères tels MM. *Capotorti*, *Graveson* et *Jayme* lui sont franchement hostiles. M. *Capotorti* fait remarquer que l'immigré qui veut se soustraire à l'empire de sa loi nationale après de nombreuses années passées dans son pays d'accueil profite généralement du mécanisme de la naturalisation et change donc de nationalité. Et, envisageant l'autre branche de l'alternative, M. *Jayme* observe que, si un étranger, après avoir vécu un certain nombre d'années dans le pays d'accueil, n'acquiert pas la nationalité de ce pays, c'est un facteur qui indique que le lien avec le pays d'origine est demeuré plus fort que le lien avec le pays du domicile. Dans le premier cas, la substitution du domicile à la nationalité est inutile ; dans le second, elle est injustifiée. Tout en étant un peu plus nuancé, M. *Gannagé* ne pense pas qu'un clivage fondé sur une coupure dans le temps puisse constituer une solution de conciliation satisfaisante susceptible d'être érigée en règle générale. Il lui paraît en définitive plus sage que chaque Etat maintienne sa règle de conflit générale qui est commandée par la physionomie de sa population, quitte à la tempérer par des traités et conventions conclus avec les Etats des groupes d'immigrants à qui cette règle est mal adaptée⁴². MM. *Carrillo-Salcedo*, *Philip* et *Vischer* semblent au contraire favorables au clivage fondé sur des considérations temporelles. Mais leur adhésion n'est pas sans réserves. M. *Philip*, après avoir fait état des Conventions scandinaves, signale que « le danger est, bien entendu, que le critère du domicile tend à être remplacé par un critère de pure résidence ». Quant à M. *Vischer*,

⁴² Réponse au questionnaire.

il estime qu'un système qui tient compte du nombre d'années passées dans le pays d'accueil pourrait, pour certaines questions, constituer une solution acceptable, mais ajoute qu'il ne faut pas oublier les difficultés de preuve et d'incertitude qui sont liées à une telle proposition et qu'il faut aussi tenir compte des difficultés qu'entraîne un soudain changement de la loi applicable⁴³.

3° Un troisième clivage pourrait être fondé non sur des considérations d'ordre temporel, mais sur une *répartition géographique*. Comme il l'a été montré, un Français vivant en Allemagne ou en Italie pourrait s'accommoder de voir son statut personnel régi par la loi de son domicile. En revanche, s'il vit en Inde ou en Chine, il risquerait, compte tenu des différences profondes de morale, de mœurs et de religion, de souffrir de l'application à lui faite des règles et coutumes locales. Et il serait préférable que son statut personnel demeurât régi par sa loi nationale. S'il en était autrement il faudrait, comme le font les Anglais, prendre en considération le domicile d'origine.

M. Gannagé, qui s'est tout naturellement penché sur ce problème, donne à cet égard des indications précieuses. Il remarque de façon pertinente que la présomption que les immigrants finissent par acquérir la mentalité du pays d'accueil et doivent en conséquence être assimilés aux nationaux est souvent démentie par les faits lorsque ces immigrants appartiennent à une civilisation trop éloignée de celle de l'Etat qui les reçoit. « Plutôt alors que d'adopter dans le domaine des relations familiales, les mœurs et les habitudes du pays où ils s'établissent, les immigrants ont tendance à y transplanter les traditions et coutumes de leur pays d'origine. Une immigration importante peut ainsi contribuer à créer une société pluraliste à laquelle l'application de la loi nationale paraît plus adaptée. On objectera qu'une pareille prise de position ne manquera pas d'altérer l'homogénéité interne de l'Etat immigrant. On relèvera aussi que si certains groupes d'immigrants demeurent fidèles aux traditions de leur pays d'origine, d'autres au contraire préfèrent être régis par les lois du pays qui les accueille. »

⁴³ La réponse de M. Ziccardi est également réservée puisqu'il écrit qu'une recommandation pourrait peut-être être envisagée.

Comment dès lors trouver une solution qui concilie ces impératifs contradictoires et donne satisfaction à l'ensemble des immigrants ?

Il est certain qu'un clivage abrupt et général fondé sur la répartition géographique serait d'une mise en œuvre extrêmement délicate. Où devrait se situer le seuil d'incompatibilité déclenchant la substitution de la loi nationale à la loi du domicile ? A partir de quel degré d'opposition peut-on considérer que la loi du pays d'accueil est intolérable pour l'immigré ? C'est un problème qui défie toute systématisation et ne peut guère être résolu que cas par cas. Et il semble que seul l'ordre public peut apporter un remède, d'ailleurs imparfait, à une telle situation.

Il est un autre procédé qui permettrait une plus grande souplesse : celui consistant à offrir aux étrangers de véritables options de législation entre leur loi nationale et la loi du domicile⁴⁴. M. Gannagé a montré qu'il est difficile de le généraliser. « Cette pénétration de l'autonomie de la volonté dans le domaine des relations familiales qui n'est pas surprenante dans les Etats où le pluralisme des statuts personnels s'applique dans l'ordre interne, est toujours accueillie avec réserve là où le droit est unifié et où la réglementation des relations familiales ne saurait dépendre de la volonté des particuliers »⁴⁵.

⁴⁴ Cf. en ce sens : Catherine Labrusse, « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1975, p. 131-132.

⁴⁵ Cette allergie des relations familiales à une option de législation ne joue d'ailleurs que pour les relations extrapatrimoniales. En revanche, la *professio juris* est parfaitement concevable dans le droit patrimonial de la famille et pourrait être un moyen d'assurer une certaine conciliation entre la nationalité et le domicile. Elle est d'ailleurs déjà admise dans certains pays en matière de successions ou de régimes matrimoniaux. C'est ainsi que M. Vischer indique que, depuis 1891, le droit international privé suisse reconnaît à l'étranger domicilié en Suisse la faculté de soumettre sa succession par testament ou pacte successoral à sa loi nationale. Et le projet suisse étend la *professio juris* à d'autres domaines : aux régimes matrimoniaux (art. 52) et au nom (art. 35, al. 2). L'idée fait également son chemin en droit conventionnel. Elle n'est pas absente de la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et, surtout, elle semble devoir s'imposer dans la future Convention sur la loi applicable aux successions. C'est du moins ce qui semble résulter

Il apparaît donc que le principal effort tendant à la promotion d'une combinaison de la nationalité et du domicile doit porter sur les hypothèses dans lesquelles l'un des éléments de rattachement qui est normalement retenu dans un pays donné s'avère impuissant à fournir la solution du problème, soit à raison d'une défaillance de l'élément de rattachement en question, soit parce que, s'agissant du statut familial, il y a pluralité de nationalités ou de domiciles. Ce sont ces deux points qui méritent de retenir plus particulièrement notre attention.

1° *En cas de défaillance de l'élément de rattachement*, il faut distinguer selon que cette défaillance affecte la nationalité ou le domicile.

a) Les pays qui soumettent le statut personnel à la loi nationale se trouvent désarmés en présence des apatrides. Certes, on a parfois, comme ce fut le cas en Allemagne, cherché à résoudre le problème en restant dans le cadre de la loi nationale. Le statut personnel de l'apatride est alors régi par la loi de la dernière nationalité de l'intéressé, à condition, bien entendu, qu'il en ait antérieurement possédé une (ce qui est généralement le cas, les apatrides étant le plus souvent des réfugiés politiques déchus de leur nationalité d'origine)⁴⁶. Cette solution doit, à notre avis, être déconseillée, car elle est d'autant plus irréaliste que la perte de la nationalité d'origine sanctionne une rupture de fait bien antérieure de l'intéressé avec son pays d'origine. On ne saurait davantage, bien que l'idée ait parfois effleuré les tribunaux français, retenir le lieu de naissance de l'intéressé, car il s'agit d'un élément de rattachement dépourvu de toute continuité et purement accidentel⁴⁷.

Force est donc d'abandonner le critère de la nationalité et de rechercher une autre loi. L'hésitation est alors possible entre la loi

des échanges de vues qui ont eu lieu au cours de la réunion d'une première commission spéciale. Dans sa réponse au questionnaire, M. Capotorti indique que le projet italien s'engage dans la même voie.

⁴⁶ Sans porter de jugement de valeur sur la solution, M. Jayme précise que la jurisprudence allemande a tenu compte, pour la question du nom des réfugiés, de l'ancienne loi nationale (OLG Hamm, 26 novembre 1982 StAZ 1983, p. 73 : mariage d'une femme chilienne réfugiée avec un Espagnol).

⁴⁷ Trib. civ. Seine, 24 mai 1932, S. 1932, 2, 145, note Niboyet.

du for et la loi du domicile. La loi du for peut se recommander de la vocation subsidiaire qui est la sienne dans la plupart des systèmes de droit international privé aux fins de pallier les défaillances de la loi normalement désignée par la règle de conflit. Nous pensons cependant que cette vocation ne saurait s'exercer qu'en l'absence de tout autre rattachement préférable. C'est pourquoi elle ne peut jouer qu'après épuisement des autres lois ayant une aptitude à régir le rapport de droit en question. S'il s'agit d'apatrides, faute de pouvoir leur appliquer une loi nationale qui n'existe pas, il faut se replier sur la loi du domicile, à défaut sur la loi de la résidence. Ce n'est qu'à titre d'*ultimum remedium* que l'on se résignera à appliquer la *lex fori*. Cette idée d'un règlement subsidiaire à double détente a reçu un accueil favorable tant dans le droit commun de nombreux pays que dans le droit conventionnel exprimé par la Convention de New York du 28 septembre 1954. Les membres de la Commission ont également répondu en ce sens, sauf M. Ziccardi qui manifeste sa préférence à la loi de la résidence. Le règle italienne de droit international privé soumet d'ailleurs les apatrides à la loi du lieu de résidence (art. 29 des dispositions préliminaires du Code civil), indépendamment de leur qualité de réfugiés et donc sans préjudice du critère du domicile là où les conventions internationales concernant les réfugiés s'appliquent. M. Capotorti, qui rappelle cet aspect du droit positif italien, n'en est pas moins favorable à la loi du domicile, car il estime que l'adoption généralisée du critère du domicile pour les apatrides présenterait l'avantage d'une harmonisation des droits étatiques sur la ligne choisie par le droit conventionnel.

La même solution semble s'imposer lorsqu'il s'agit de réfugiés non apatrides. En effet la nationalité qu'ils ont conservée est dépourvue de toute effectivité en ce sens que, pour des motifs politiques, ils sont dans l'impossibilité de bénéficier de la protection de leurs autorités nationales. Il est donc légitime, comme le font les Conventions de Genève du 28 octobre 1933 et du 28 juillet 1951, de les soumettre à la loi de leur domicile. Cette extension aux réfugiés non apatrides du rattachement préconisé pour les apatrides a recueilli l'adhésion de la grande majorité des membres de la Commission.

Il apparaît donc qu'il serait opportun de proposer que les pays à loi nationale, en cas de défaillance de l'élément de rattachement, se fondent tous sur le domicile et, à défaut, sur la résidence habi-

tuelle, pour déterminer la loi applicable au statut personnel, la *lex fori* n'intervenant qu'à titre tout à fait subsidiaire.

b) La réciprocité est-elle vraie ? Est-il possible de proposer aux pays à loi du domicile de soumettre le statut personnel à la loi nationale dès lors qu'il s'agirait d'un individu ayant une nationalité, mais n'ayant pas de domicile ? Une réponse affirmative à cette question présenterait l'avantage de faire jouer la complémentarité dans les deux sens.

Une telle solution est théoriquement concevable. Toutefois, deux réserves peuvent être émises à son encontre. D'une part, il est rare qu'une personne soit frappée « d'adomidie » sans être en même temps apatride ou sans que sa nationalité ait cessé d'être effective, de telle sorte que la nationalité, faisant défaut ou n'étant pas effective, ne peut, dans la grande majorité des cas, servir d'élément de rattachement subsidiaire. D'autre part, les pays à loi du domicile se tournent plus volontiers, lorsque le besoin s'en fait sentir, vers d'autres éléments de rattachement (résidence habituelle, résidence-situation de fait ou domicile d'origine). Ils peuvent donc pallier la carence de l'élément de rattachement retenu en première ligne sans sortir du cadre du domicile ou de la résidence, car il existe des stades intermédiaires entre la loi du domicile et la *lex fori*.

2° Il est en revanche une grave difficulté qui a surgi depuis une cinquantaine d'années à la suite de la prolifération des mariages mixtes (des pays de plus en plus nombreux décidant que la femme mariée conserve sa nationalité d'origine) et qu'une proposition de solution fondée sur la complémentarité de la nationalité et du domicile permettrait sans doute de résoudre : il s'agit de celle née du *conflit des lois personnelles*. En raison de son importance, il n'est pas inutile de rappeler les termes dans lesquels le problème s'est posé, d'une part, dans les pays à loi nationale, d'autre part, dans les pays à loi du domicile.

a) Dans les *pays à loi nationale*, les conflits de lois personnelles ont prospéré dans les mariages d'époux de nationalités différentes à la suite de la multiplication des mariages mixtes. Ils ont affecté tout à la fois les rapports entre époux (mariage, divorce et séparation de corps) et les rapports entre parents et enfants (filiation, protection des mineurs), de telle sorte que c'est le statut personnel tout entier,

voire même les régimes matrimoniaux, qui se sont trouvés concernés.

Pour ce qui est du mariage, si certaines de ses conditions présentent un caractère individuel et peuvent dès lors relever de lois nationales différentes, nombre d'entre elles ont une influence sur les deux époux et requièrent la compétence d'une loi unique. La même exigence se retrouve à propos des effets du mariage qui sont indivisibles.

Mais c'est surtout en matière de divorce que les difficultés ont atteint leur paroxysme. Que décider lorsque, par exemple, la loi nationale du mari admet le divorce et que la loi nationale de la femme le prohibe ou réciproquement ?

Toutes les solutions ont été recherchées dans le cadre de la loi nationale aux fins de découvrir une loi unique dont la compétence se justifiât (application distributive ou cumulative des lois en présence, prépondérance accordée à la loi nationale du mari, prédominance de celle des deux lois nationales qui coïncide avec la loi du for). Chacune d'entre elles a laissé percer ses défauts et force a été de faire appel à la loi du domicile pour découvrir la loi unique recherchée, à savoir la loi du lien considéré.

On sait qu'en France c'est l'arrêt Rivière⁴⁸ suivi par l'arrêt Lewandowski⁴⁹ qui a décidé que le divorce d'époux de nationalités différentes relève de la loi du domicile commun, étant entendu qu'il y a domicile commun toutes les fois que les deux époux, même séparés, ont leur établissement effectif commun dans le même pays. La jurisprudence Rivière a inspiré plusieurs autres Etats qui ont adopté une règle de conflit similaire ou voisine par voie législative⁵⁰.

⁴⁸ Cass. civ. I, 17 avril 1953, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1953, 412, note Batiffol, *Clunet* 1953, 860, note Plaisant, *J.C.P.* 1953, II, 7863, note Buchet.

⁴⁹ Cass. civ. I, 15 mars 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1955, 320, note Batiffol, *D.* 1955, 540, note Chavrier, *J.C.P.* 1955, II, 8771, note Ponsard.

⁵⁰ C'est le cas par exemple de la loi polonaise de 1965 (art. 18) et de la loi espagnole du 7 juillet 1981 : article 107.1 nouveau du Code civil espagnol aux termes duquel « la séparation de corps et le divorce sont régis par la loi nationale commune des époux au moment de l'introduction de la demande ; à défaut de nationalité commune par la loi de la résidence habituelle du ménage et, si les époux ont leur résidence habituelle dans des Etats différents, par la loi espagnole toutes les fois que les tribunaux espagnols sont compétents ». Cf. Carrillo-Salcedo, « La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol », *Rev. crit. dr. int. pr.* 1983, I ; *Adde* dans le même sens le Projet suisse de Code de droit international privé, article 60.

Il en résulte que cette règle étant déjà consacrée par plusieurs pays devrait logiquement être bien accueillie par d'autres. Elle aurait l'avantage de mettre fin à la regrettable diversité des règles actuelles, diversité qui se manifeste même entre des pays ayant connu une codification récente du droit international privé. Le clivage par elle opéré est, à notre sens, infiniment préférable à celui résultant de la loi française du 11 juillet 1950 (art. 310 nouveau du Code civil) qui se réfère également de façon distributive à la nationalité et au domicile mais qui, à raison de l'unilatéralisme sur lequel elle se fonde, est insusceptible tout à la fois de bilatéralisation et de généralisation.

La suggestion émise en ce sens par le rapporteur a reçu un accueil favorable des membres de la Commission. Tous ceux de nos confrères qui ont répondu sur ce point sont d'accord pour proposer le recours à la loi du domicile commun lorsque les époux sont de nationalité différente.

Il convient toutefois de remarquer que la position de M. *Jayme* est légèrement différente dans la mesure où il propose d'étendre la jurisprudence allemande qui, en cas de divorce d'époux de nationalité différente, applique la dernière loi nationale commune si l'un des époux a conservé cette nationalité et, à défaut d'une dernière nationalité commune, la loi de la résidence habituelle commune⁵¹ ainsi que celle de M. *Ziccardi* qui, dans l'hypothèse envisagée, se prononce en faveur de la substitution à la loi nationale non de la loi du domicile, mais de la loi de la résidence⁵².

Si une large majorité peut être obtenue sur ce premier point, les opinions sont plus divisées sur d'autres. En particulier, il est certain que le recours au domicile commun ne permet pas toujours de découvrir la solution, car il arrive que, le divorce étant prononcé à la suite d'une séparation de fait et l'un des époux étant retourné vivre dans son pays d'origine, il n'y ait plus de domicile commun, plus d'établissement effectif actuel des deux époux dans le même pays. La loi du for a été, dans ce cas, préférée par la jurisprudence française à la loi du dernier domicile commun dont la compétence lui

⁵¹ Cf. *Jayme*, réponse au questionnaire et *Clunet* 1984, p. 645-646.

⁵² *Ziccardi*, réponse au questionnaire.

a semblé irréaliste et plusieurs de nos confrères sont de cet avis⁵³. Mais plusieurs émettent une opinion contraire et manifestent leur préférence en faveur de la loi du dernier domicile commun⁵⁴.

La règle ainsi proposée ne devrait d'ailleurs pas être limitée au divorce et pourrait être utilement étendue à l'ensemble des rapports entre époux (effets du mariage, obligations alimentaires) avec sans doute, une réserve pour les régimes matrimoniaux et les successions qui appellent une combinaison différente de la loi nationale et de la loi du domicile⁵⁵. L'évolution de la jurisprudence de plusieurs pays, en particulier celle de la jurisprudence française, et l'exemple des codifications récentes montrent qu'une telle extension est praticable⁵⁶.

Il y a lieu également de rechercher si la combinaison de la loi nationale et de la loi du domicile est transposable dans les rapports entre parents et enfants. En effet, à la suite du rôle croissant attribué par de nombreux pays au *jus soli* dans la détermination de la

⁵³ Cf. en France : Cass. civ I, 15 mai 1961, Tarwid, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1961, 545, note Batiffol, *D.* 1961, 437, note G. Holleaux, *Clunet* 1961, 734, note Goldman, et dans le même sens l'article 107 du Code civil espagnol. Cette position recueille l'approbation de MM. Batiffol, Carrillo-Salcedo et Graveson. Mais ce dernier ne préconise le recours à la *lex fori* qu'en cas de défaillance successive de la loi du domicile commun et de la loi de la résidence habituelle commune.

⁵⁴ Cf. en ce sens : MM. Gannagé et Jayme, et en faveur de la loi de la dernière résidence : Ziccardi.

M. Gannagé qui éprouve quelque hésitation à appliquer la loi du for en l'absence de domicile commun reconnaît cependant que la solution est défendable dans le domaine du divorce qui, en raison de son aspect procédural, subit l'attraction de la loi du for appliquée d'ailleurs dans les pays anglo-saxons.

⁵⁵ Cf. notamment : la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

⁵⁶ En France la solution a été étendue aux effets du mariage à propos de l'obligation alimentaire par le second arrêt Chemouni (Cass. civ. I, 19 février 1963, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1963, 559, note G.H., *Clunet* 1963, 568, note Ponsard) puis aux donations mobilières entre époux par l'arrêt Campbell-Johnston (Cass. civ. I, 3 mars 1970, Bonomo, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1971, 255, note A. Weill, note Batiffol, *Clunet* 1967, 95, note Goldman). Elle a également été utilisée en matière de filiation légitime (Paris, 21 juin 1955, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1955, 529, note Batiffol, *Clunet* 1956, 1008) et de légitimation (Cass. civ. I, 8 juillet 1969, Weyrich-Laroche, *D.* 1970, I, note Malaurie, *Clunet* 1970, 303, note B.G.; Cass. civ. I, 3 mars 1970, Bonomo, *Rev. crit. dr. int. pr.* 1971, 255, note A. Weill, *Clunet* 1970, 911, note Goldman, *J.C.P.* 1971, II, 16650, note H. Gaudemet-Tallon).

nationalité, il arrive de plus en plus fréquemment que parents et enfants n'aient pas la même nationalité. Doit-on alors substituer la loi du domicile commun à la loi nationale toutes les fois que le ou les auteurs d'une part, l'enfant d'autre part, sont de nationalités différentes ? Faut-il au contraire, dans ce cas, préconiser l'application de la loi nationale de l'auteur ou des auteurs ou celle de la loi nationale de l'enfant (en recherchant par une analyse de la filiation quel est le principal intéressé), le domicile n'intervenant que dans l'hypothèse où le conflit précité ayant été résolu en faveur de la loi nationale des auteurs, on s'aperçoit qu'ils n'ont pas la même nationalité, mais ont un domicile commun ?

La première position aurait le mérite de mieux assurer l'homogénéité des règles de conflit en matière de statut personnel. Mais il faut reconnaître qu'elle aurait quelque peine à s'imposer, car elle n'est adoptée que dans un très petit nombre de pays. C'est sans doute la raison pour laquelle, les membres de la Commission se sont, dans leurs réponses, prononcés de façon générale en faveur de la seconde alternative⁵⁷.

b) Lorsque l'on se tourne vers les *pays à loi du domicile*, la question qui se pose est celle de savoir s'il est possible de leur demander la réciprocité. Toutes les fois que l'on se trouve en présence d'époux, ou de parents et d'enfants, ayant une nationalité commune, mais des domiciles distincts situés sur le territoire d'Etats différents, c'est la référence au domicile qui est la source du conflit des lois personnelles et le recours à la nationalité qui permettrait de découvrir la loi unique du lien familial de nature à assurer l'homogénéité du statut personnel au plan de la compétence législative.

La logique commanderait donc dans ces conditions d'admettre le second volet du diptyque. En dépit de leur réticence à faire une place à la loi nationale, les Etats qui se réfèrent à la loi du domicile devraient être en mesure d'accueillir la compétence subsidiaire de la loi nationale dans les termes où elle est proposée. Ce sacrifice ne devrait pas être inacceptable pour eux, et ce parce qu'il serait en définitive relativement minime pour une double raison :

⁵⁷ Cf. Gannagé, Jayme et Vischer qui se réfère à l'article 66, al. 2, du Projet suisse de Code de droit international privé.

— d'une part, les hypothèses d'absence de domicile commun sont sensiblement moins fréquentes que celles d'absence de nationalité commune ;

— d'autre part, certains des pays qui soumettent en principe le statut personnel à la loi du domicile font échapper à cette règle le divorce qui, pour eux, relève de la *lex fori*. Dans ces Etats, la combinaison proposée ne jouerait donc pas en matière de divorce, ce qui réduirait dans de notables proportions la place qu'ils auraient à faire à la loi nationale.

Les réponses au questionnaire incitent sur ce point à l'optimisme puisque tous les membres de la Commission qui ont donné leur avis sur ce point sont en faveur de la réciprocité⁵⁸ et surtout que les représentants de pays à loi du domicile se sont montrés réceptifs à cette suggestion⁵⁹.

Paris, le 21 décembre 1986

⁵⁸ Cf en ce sens les réponses de MM. *Batiffol, Carrillo-Salcedo, Gannagé, Graveson, Jayme, Vischer* et *Ziccardi*.

⁵⁹ Cf. la réponse de M. *Graveson*.

Projet de résolution

1° Dans la mesure où les Etats retiennent le domicile comme critère tout à la fois de la compétence judiciaire et de la compétence législative, il leur est recommandé de retenir dans l'un et l'autre cas le même concept de domicile¹.

2° Il est recommandé aux Etats d'élaborer en matière de régimes matrimoniaux et de successions des règles de conflits de lois fondées sur une combinaison de la loi nationale et de la loi du domicile en s'inspirant des ventilations prévues par la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et de celles envisagées par la Commission spéciale pour la future Convention de La Haye (en cours d'élaboration) sur la loi applicable aux successions, c'est-à-dire en offrant aux intéressés des options de législations entre la loi nationale et la loi du domicile.

3° Il est recommandé aux Etats qui soumettent la capacité à la loi personnelle de l'incapable d'apporter un tempérament à cette règle en écartant la loi personnelle au profit de la loi locale toutes les fois que son application est de nature à porter atteinte aux intérêts du cocontractant ou des tiers (par exemple lorsque le cocontractant a contracté de bonne foi dans l'ignorance excusable de l'incapacité).

4° En cas de défaillance de l'élément de rattachement sur lequel se fonde la compétence législative, il est recommandé :

a) aux pays qui font régir le statut personnel par la loi nationale

¹ L'opportunité d'une telle recommandation est fondée sur la constatation que l'un des mérites de la loi du domicile est d'assurer plus souvent que la loi nationale la coïncidence entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative. Mais ce mérite n'existe réellement que si la notion de domicile prise en considération est identique.

de soumettre les apatrides à la loi de leur domicile, à défaut à la loi de leur résidence habituelle, à défaut à la loi du for ; il devrait en être de même pour les réfugiés non apatrides dont la nationalité est dépourvue de toute effectivité ;

b) aux pays qui soumettent le statut personnel à la loi du domicile de la remplacer par la loi nationale, lorsqu'il y aurait défaut tout à la fois de domicile et de résidence habituelle.

5° En cas de conflit des lois personnelles, il est recommandé aux pays à loi nationale lorsque les différentes personnes impliquées dans le rapport de droit sont de nationalité différente et qu'il n'existe pas de raison valable de faire prévaloir l'une des lois nationales, de faire application de la loi du domicile commun ou, à défaut, de la loi du for.

Il est recommandé aux pays à loi du domicile d'appliquer la loi nationale commune à défaut de domicile commun.

Paris, décembre 1986

Annexe I

Questionnaire

I. — *Délimitation du sujet.*

A. — Etes-vous d'accord pour limiter le sujet aux seuls problèmes de conflits de lois ou pensez-vous qu'il conviendrait d'y inclure également les conflits de juridictions ?

B. — En matière de conflits de lois, le sujet doit-il recouvrir l'ensemble des matières dans lesquelles apparaît la dualité des principes de nationalité et de domicile ou doit-il être limité au seul statut personnel ?

C. — Compte tenu du contenu variable du statut personnel suivant les pays, faut-il chercher à définir le statut personnel afin de dégager une catégorie de rattachement commune ?

D. — Sans aller aussi loin, et compte tenu du fait que certains pays rattachent les régimes matrimoniaux, voire les successions, au statut personnel, y a-t-il lieu dans la recherche des règles de conflit de prendre en considération ces deux matières afin de ne préconiser que des solutions qui leur soient transposables ?

II. — *Mérites respectifs de la nationalité et du domicile.*

A. — Estimez-vous qu'il existe d'autres points que ceux envisagés par le rapporteur sur lesquels il y ait lieu de comparer les mérites respectifs de la nationalité et du domicile ?

B. — Partagez-vous le sentiment du rapporteur quant au relativisme des mérites respectifs de la nationalité et du domicile ?

III. — *Propositions de solutions.*

A. — Etes-vous d'accord pour penser que l'on ne saurait proposer une règle de conflit universelle consacrant la suprématie totale de l'un ou de l'autre critère de rattachement en matière de statut personnel ?

B. — Estimez-vous utile d'approfondir la notion de domicile qui n'est pas identique dans tous les pays ?

Dans cette optique, pourriez-vous apporter quelques précisions sur le concept de domicile tel qu'il existe dans votre pays lorsqu'il y est utilisé aux fins de détermination de la compétence législative ?

C. — L'utilisation de la notion de résidence habituelle vous semble-t-elle de nature à réaliser un compromis acceptable ? Si oui, dans quelle mesure et sur quels points ?

D. — Quelle est la position de votre pays relativement au renvoi de la loi nationale à la loi du domicile ou vice-versa ? Pensez-vous que le problème du renvoi doit être abordé dans le cadre de ce sujet ?

E. — Compte tenu de l'impossibilité de faire prévaloir de façon absolue l'un des critères de rattachement, êtes-vous d'accord pour rechercher la solution dans une combinaison ou dans une application distributive de la nationalité et du domicile ?

F. — Dans cette optique, pensez-vous qu'il serait utile ou dangereux de procéder à une atomisation du statut personnel, certaines des matières qui le composent relevant de la loi nationale, d'autres de la loi du domicile ?

Dans l'affirmative, comment envisageriez-vous le clivage entre les compétences respectives de l'une et de l'autre lois ?

G. — Sans procéder à un tel dépeçage du statut personnel, quelle est votre opinion sur l'opportunité du recours aux différents clivages suivants :

a) Soumission de l'état des personnes à la loi nationale, mais, dans l'intérêt des tiers, exclusion de la loi nationale en matière de capacité.

b) Pour les pays à loi nationale, maintien du statut individuel sous l'empire de la loi nationale, mais soumission du statut familial à la loi du domicile.

c) Sans qu'il y ait lieu de faire de distinction entre le statut individuel et le statut familial, y aurait-il lieu de tenir compte du nombre d'années passées par l'immigré dans son pays d'accueil ? Il serait soumis pendant un certain nombre d'années à sa loi nationale,

puis passerait sous l'empire de la loi du domicile. Si une telle solution vous paraissait viable, au bout de combien d'années devrait s'effectuer ce passage ?

d) En ce qui concerne les apatrides, l'absence de nationalité doit-elle entraîner la soumission de leur statut personnel à la loi de leur ancienne nationalité, à la loi de leur domicile ou à la loi du for ?

e) La référence à la loi du domicile doit-elle être étendue aux réfugiés non apatrides ?

f) Dans les conflits des lois personnelles, les pays à loi nationale doivent-ils soumettre à la loi du domicile commun les rapports entre époux de nationalités différentes ? Cette solution doit-elle être étendue aux rapports de filiation ? Comment définir le domicile commun ?

g) Est-il possible d'envisager une réciprocité pour les pays qui soumettent le statut personnel à la loi du domicile dans le cas où les membres de la famille n'ont pas de domicile commun, mais ont une nationalité commune ?

h) En l'absence de nationalité commune et de domicile commun, faut-il se référer à la loi du dernier domicile commun ou à la loi du for ?

i) Dans votre pays, les régimes matrimoniaux et les successions suivent-ils le sort du statut personnel au plan de la compétence législative ?

Annexe II

Observations des membres de la Quinzième Commission en réponse à l'exposé préliminaire et au questionnaire.

1. Observations de M. Henri Batiffol

58270 Saint-Benin-d'Azy, 14 juillet 1986

Mon cher Ami,

J'ai lu avec un intérêt soutenu votre rapport préliminaire sur la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé. Votre objectivité est méritoire sur un sujet aussi débattu, non moins que votre méthode et l'approfondissement du problème.

Je suis d'accord avec vous, et pour les raisons que vous donnez, sur la délimitation du sujet pour l'exclusion des conflits de juridictions, des contrats, et de la forme des actes.

Sur les régimes matrimoniaux et les successions, je reconnais que notre problème se pose effectivement : les pays qui englobent ces matières dans le statut personnel sont ceux dans lesquels la loi nationale a la plus grande faveur. Mais, comme vous le relevez, il ne s'ensuit pas une concurrence pure et simple avec la loi du domicile, en raison de l'intervention de la loi d'autonomie dans les régimes matrimoniaux, de celle de la situation des immeubles en matière de successions, et des combinaisons multiples qui s'ensuivent. Mon sentiment est que l'inclusion de ces matières dans le débat le compliquerait sérieusement, alors qu'il sera déjà assez serré, réduit au statut personnel.

Sur cette dernière matière, il ne faut pas perdre de vue qu'à l'inverse des conceptions larges adoptées par les pays favorables à la loi nationale, ceux qui préfèrent la loi du domicile en ont une notion qu'on pourrait appeler faible. Vous le notez pour le divorce, généralement soumis dans ces pays à la loi du juge saisi, mais même les conditions de fond du mariage obéissent, aux Etats-Unis, à la loi du lieu de célébration. Votre formule de la p. 14 : « le contenu minimum admis par tous les Etats » appellerait à cet égard, me semble-t-il, une réserve — que vous retrouvez d'ailleurs aussi pour les incapacités.

Je vous signale, pour le cas où elle vous aurait échappé, une faute de frappe p. 19 : vous citez en fin de page l'article 19 du Code civil alors qu'il s'agit assurément de l'article 13.

Je partage entièrement votre appréciation sur la relativité des mérites respectifs des deux facteurs en présence, avec une légère suggestion pour ce qui concerne la coïncidence fréquente de la loi du juge saisi et de celle du domi-

cile : il ne s'agit, dans la majorité des cas, que du domicile du défendeur — ce qui reste un mérite, mais précisément relatif, comme tout votre exposé le montre si bien.

Je suis, vous n'en serez pas surpris, également d'accord avec votre faveur à la solution qu'avait inaugurée l'arrêt Rivièrè, et qui a été adoptée dans plusieurs pays étrangers, comme vous l'indiquez opportunément. Une résolution de l'Institut en ce sens serait un appui psychologique pour ceux qui regrettent qu'elle ait été abandonnée par le législateur français pour le divorce. Quant à savoir si la solution symétrique serait acceptable pour les pays partant du principe du domicile, vos doutes sont, je le crains, psychologiquement fondés, mais je crois avec vous qu'une proposition en ce sens mérite d'être présentée.

L'ample revue de droit comparé sur laquelle repose votre rapport promet des discussions intéressantes sur un sujet particulièrement difficile.

Croyez, mon cher Ami, à mes sentiments fidèlement amicaux.

Henri Batiffol

2. Observations de M. Francesco Capotorti

Naples, le 4 septembre 1986

Mon cher Confrère,

J'ai reçu votre excellent rapport préliminaire sur « la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé » et je vous prie de bien vouloir excuser le retard de ma réponse. Permettez-moi de vous féliciter, avant tout, de la clarté, de la profondeur et de l'équilibre de votre travail. Je partage entièrement votre esprit de réalisme : compte tenu des solides racines qu'a chacun de ces principes dans la tradition d'un groupe nombreux et important de systèmes juridiques, le but de notre Commission ne peut être que d'explorer et d'évaluer les combinaisons possibles de la nationalité et du domicile, sans prétendre démontrer lequel des deux est préférable à l'autre. Ceci dit, j'essaierai de répondre à votre questionnaire.

À propos de la délimitation du sujet, j'estime opportun que l'étude se borne aux problèmes de conflits de lois. Sur le terrain des conflits de juridictions, il serait sans doute intéressant d'établir selon quels droits et dans quelle mesure le principe de nationalité joue un certain rôle ; mais nous sommes d'accord que ce rôle est en tout cas secondaire et marginal, la priorité du principe du domicile étant acquise. Au contraire, la formulation de notre sujet semble impliquer que le poids de chacun des principes en jeu soit équivalent : ce qui doit bien être reconnu sur le terrain des conflits de lois, mais sur celui-ci seulement.

Quant aux matières dont il conviendrait de s'occuper, ma préférence est

pour une approche qui ne se limite pas au statut personnel : une approche qu'on pourrait donc qualifier de « globale » par rapport à la réglementation des conflits de lois. Le fait qu'on constate assez souvent une utilisation complémentaire des critères de nationalité et de domicile dans le domaine des obligations contractuelles ainsi que de la forme des actes juridiques (vous le remarquez, à juste titre, à la page 8 de votre rapport) m'apparaît de nature à conseiller l'inclusion des règles de conflit respectives dans le cadre de notre recherche : en effet, s'agissant de combinaisons des deux principes, acceptées par certains pays ou par des conventions internationales, leur examen critique pourrait faciliter l'analyse de nouvelles combinaisons souhaitables. En tout état de cause, et à supposer que mon point de vue reste minoritaire au sein de notre Commission, il va de soi que je suis nettement en faveur de l'inclusion des régimes matrimoniaux et des successions dans la liste des matières qui feront l'objet de l'étude. D'autre part, l'effort de tracer les frontières de la notion de statut personnel ne me semble pas susceptible de produire des résultats utiles aux fins de notre recherche : si celle-ci va s'orienter vers le but sus-indiqué, il faut considérer que les hypothèses de combinaison de la nationalité et du domicile se vérifient, et pourront se multiplier ultérieurement, par rapport à un certain nombre de règles de conflit précises plutôt qu'à des matières très étendues (dont les limites restent d'ailleurs incertaines, en dépit de toute tentative de les fixer sur la base d'une définition scientifique).

La deuxième section de votre questionnaire comprend un point (le point B) sur lequel mon opinion ne saurait pas se différencier de la vôtre : le relativisme des mérites respectifs de la nationalité et du domicile. Votre rapport dresse le bilan de ces mérites et expose assez largement les arguments qu'on peut faire valoir pour les réfuter. Probablement il vaudrait la peine de séparer les « postes de bilan » ayant une valeur purement ou éminemment théorique — fondement de l'application de la loi, permanence ou généralité de la loi applicable, protection des intérêts de l'Etat et des tiers — de celles qui présentent un caractère « technique » : mise en œuvre de la règle de conflit, coïncidence ou non de la compétence législative et de la compétence juridictionnelle, situation des pays à système juridique non unifié. Personnellement, j'estime que les questions du premier groupe ont actuellement un intérêt très réduit et qu'elles se fondent parfois sur des équivoques (par exemple, il conviendrait de mettre au clair le rapport entre généralité et territorialité, nous savons bien que toute loi est générale, dans ses limites, dont la nature est parfois personnelle, parfois territoriale). Je me permets donc de suggérer que vous développiez plus largement les questions de nature technique, qui permettent de comparer les critères de nationalité et de domicile du point de vue de leur fonctionnement.

Par contre, s'agissant d'étendre ou non à d'autres points que ceux envisagés par vous la comparaison des mérites respectifs des deux critères (section II, point A), j'incline vers la solution négative : votre bilan comprend déjà tous les postes nécessaires. J'avais songé plutôt à l'opportunité d'étendre la comparaison à un sujet auquel tant vous que moi avons consacré un certain temps : celui des sociétés commerciales, et plus en général des personnes juridiques ;

le dualisme de la nationalité et du domicile (sous forme de siège social) aurait pu alors être examiné dans une autre optique. Mais, après réflexion, je me suis convaincu que cela nous mènerait un peu trop loin, sur un terrain plein d'aspérités.

J'aborde maintenant les nombreux points de la troisième section du questionnaire. Sur le point A, je suis comme vous tout à fait convaincu qu'il n'y a pas lieu de proposer une règle de conflit consacrant, sur le plan universel, la suprématie de la nationalité ou du domicile en matière de statut personnel. L'idée d'approfondir la notion de domicile (point B), dans le cadre de chacun des systèmes juridiques principaux, me semble au contraire très utile. En Italie, le domicile ne constitue pas un critère de compétence législative d'après les règles générales de droit international privé ; mais il convient de noter qu'en principe toute notion utilisée aux fins du rattachement s'interprète conformément au sens que lui attribuent les normes de droit matériel de la *lex fori*. Par conséquent, le domicile doit s'entendre comme le lieu où la personne a établi le siège principal de ses affaires et de ses intérêts (art. 43 du Code civil). Quant à la notion de résidence habituelle (point C), bien qu'elle ait l'avantage d'être — apparemment — moins formelle que le domicile, on ne peut pas éviter de se poser le problème de ses rapports avec la notion pure et simple de résidence. Je me réfère de nouveau au droit civil italien, pour remarquer qu'il définit la résidence en termes de « lieu où la personne demeure habituellement » (art. 43 précité du Code civil) : ce qui comporte la nécessité d'introduire une distinction, à l'intérieur de l'idée de résidence, entre deux différents degrés de ce caractère habituel. En général, on peut dire qu'en adoptant une notion nuancée comme celle de résidence habituelle, les difficultés connexes à la nature relative de tout critère juridique de rattachement risqueraient d'augmenter, par rapport à celles que la notion de résidence soulève.

Au point D vous évoquez le problème du renvoi. A mon avis, il ne serait pas opportun de s'en occuper, dans le cadre de notre sujet. Dans la législation italienne de droit international privé, on a préféré exclure toute possibilité de renvoi : l'interprète est obligé d'appliquer le droit matériel du pays, dont le système juridique est considéré comme compétent par la règle italienne de conflit (v. art. 30 dispos. préliminaires au Code civil).

Ma réponse affirmative à la question présentée sous le point E a été exprimée déjà au début de cette lettre. Dans cet esprit, je ne vois pas d'objections à l'hypothèse envisagée au point F, que le statut personnel soit « atomisé » (ce qui trouve d'ailleurs une justification supplémentaire dans l'existence de doutes quant aux matières qui le composent) ; bien entendu, il faudra se fonder sur des raisons valables pour « déroger » au critère personnel normalement accepté (dans le cadre d'une convention internationale, ou par le pays auquel on se réfère).

Le point G comprend, vous le savez bien, grand nombre de questions qu'il faudra soumettre à un débat approfondi. Sous réserve de ce débat ultérieur, je note maintenant que des clivages trop nets sont indiqués sous *a*) et sous *b*) : à mon avis, ils ne sont pas acceptables. En matière de capacité d'agir, l'exclusion de la loi nationale ne me semble justifiée que par rapport à certains actes ;

plus précisément, il s'agit d'éviter que l'incapacité prévue par la loi nationale soit invoquée, en contraste avec la réglementation de la capacité d'après la loi de l'acte, là où la bonne foi des tiers mérite protection (c'est toujours, bien entendu, la logique du célèbre arrêt Lizardi). D'autre part, ce n'est pas dans tout le domaine du « statut familial » qu'il conviendrait de préférer la loi du domicile — ou de la résidence — à la loi nationale ; il vaudrait mieux limiter cette préférence au domaine des rapports entre époux de nationalités différentes (évoqués au point f).

La solution sous c) ne me paraît pas viable : l'immigré qui veut se soustraire à l'empire de sa loi nationale, après beaucoup d'années passées dans son pays d'accueil, profite généralement du mécanisme de la naturalisation et change donc de nationalité. Quant aux apatrides (points d et e) la règle italienne de droit international privé en vigueur (art. 29 des dispositions préliminaires au Code civil) les soumet à la loi du lieu de résidence, indépendamment de leur qualité de réfugiés, et donc sans préjudice de l'application du critère de domicile là où les conventions internationales concernant les réfugiés sont d'application. Probablement, l'adoption généralisée du critère de domicile présenterait l'avantage d'une harmonisation des droits étatiques sur la ligne choisie par les Conventions précitées.

Les réponses aux questions sous g) et h) sont plutôt du ressort des juristes provenant des pays dont le droit soumet le statut personnel à la loi du domicile. La question sous i) exige au contraire une réponse fondée sur le droit international privé de chacun de nos pays ; je précise donc qu'en Italie la compétence en matière de régimes matrimoniaux et de successions est réglée actuellement sur la base du critère de la nationalité (art. 19 et 23 des dispositions préliminaires au Code civil). Il convient pourtant de signaler qu'une Commission ministérielle (dont je suis membre) est en train d'élaborer un projet de réforme de notre droit international privé, et qu'on a inséré dans ce projet — en première lecture — des hypothèses de combinaison de la loi nationale et de la loi du lieu de résidence. En particulier, les rapports personnels et patrimoniaux des époux ayant une seule nationalité commune seraient soumis à leur loi nationale ; à défaut d'une telle nationalité commune, la loi de la résidence commune — ou, en dernière analyse, la loi de l'Etat où la vie matrimoniale se localise dans la plus grande mesure — seraient applicables. Par rapport aux régimes matrimoniaux, les époux auraient en outre la faculté de renvoyer par écrit à la loi de l'Etat dont l'un d'eux a la nationalité, ou à celle de l'Etat où l'un d'eux réside. En matière de successions également, bien qu'en principe la loi compétente soit la loi « personnelle » du *de cuius*, on donnerait la priorité à la loi de l'Etat de résidence, si le *de cuius* avait exprimé par écrit sa volonté de soumettre la succession à cette loi.

En attendant le plaisir de vous revoir au Caire, je vous prie, mon cher Confrère, d'agréer l'assurance de mon estime et de ma cordialité.

Francesco Capotorti

3. Observations de M. Juan A. Carrillo-Salcedo

Séville, le 13 juillet 1986

Mon cher Confrère,

Toute une série de circonstances ne m'ont pas permis de répondre à votre lettre du 2 mai avant ces tout derniers jours. Je vous prie de m'en excuser.

Permettez-moi de vous adresser, tout d'abord, mes plus vives félicitations pour votre rapport préliminaire sur « La dualité des principes de nationalité et du domicile en droit international privé ». J'ai lu votre rapport avec beaucoup de plaisir et d'intérêt et je tiens à vous féliciter de la rigueur de vos analyses.

Réponses au questionnaire :

I. — *Délimitation du sujet.*

Je suis d'accord pour limiter le sujet aux seuls problèmes de conflits de lois, car je ne crois pas qu'il soit souhaitable d'inclure les conflits de juridictions (I, A).

En matière de conflits de lois, l'utilisation comme critères de rattachement de la nationalité, du domicile ou de l'un et de l'autre apparaît non seulement dans le statut personnel, mais aussi dans des domaines très variés en dehors de ce dernier. Mais je suis en faveur de cantonner le sujet aux seuls conflits de lois concernant le statut personnel (I, B).

Il ne s'ensuit pas pour autant qu'il faille définir le statut personnel (I, C). Je crois cependant qu'il faut raisonner en tenant compte des successions et des régimes matrimoniaux afin de découvrir des combinaisons de la loi nationale et de la loi du domicile susceptibles de leur être appliquées (I, D).

II. — *Mérites respectifs de la nationalité et du domicile envisagés comme critères de rattachement.*

Je n'estime pas qu'il existe d'autres points que ceux envisagés dans votre rapport sur lesquels il y ait lieu de comparer les mérites de la nationalité et du domicile : fondement de l'application de la loi ; permanence ou généralité de la loi applicable ; mise en œuvre de la règle de conflit ; protection des intérêts de l'Etat et des tiers ; coïncidence de la compétence législative et de la compétence judiciaire ; situation des pays à système non unifié (II, A).

D'autre part, je partage entièrement votre sentiment quant au relativisme des mérites respectifs de la nationalité et du domicile. Il est nécessaire de trouver une combinaison, qui paraît plus praticable, à mon avis, à partir de la nationalité que du domicile (II, B).

III. — *Solutions susceptibles d'être envisagées.*

À mon avis, la recherche d'une solution universaliste fondée sur la référence exclusive soit à la nationalité, soit au domicile est à écarter (III, A). Il est

nécessaire de trouver une combinaison qui me paraît plus praticable à partir de la nationalité que du domicile.

Je ne pense pas que la notion de résidence habituelle puisse aboutir à la réalisation d'un compromis dans toutes les hypothèses. A mes yeux, la notion de résidence habituelle est un facteur encore moins stable que le domicile ; sa pertinence apparaît surtout pour le règlement de situations qui appellent une solution urgente, telles que, par exemple, les demandes d'aliments ou la protection des mineurs (III, C - E).

Je ne pense pas qu'une atomisation du statut personnel soit utile (III, F).

Sans procéder à un dépeçage du statut personnel, j'estime qu'il serait opportun de recourir à certains clivages, tels que par exemple :

a) Exclusion de la loi nationale en matière de capacité dans l'intérêt des tiers (III, G, a) ;

b) Transposition de la combinaison de la loi nationale et de la loi du domicile aux rapports entre parents et enfants (III, G, b) ;

c) Il serait utile de tenir compte du nombre d'années passées pour l'immigré dans son pays d'accueil (soumission du statut personnel à deux lois successives : coupure dans le temps) (III, G, c) ;

d) Loi du domicile dans les hypothèses de défaillance de la nationalité comme élément de rattachement (III, G, d et e) ;

e) Application de la loi du domicile commun dans les hypothèses de conflits des lois personnelles (III, G, f), ou de la loi nationale commune dans les cas où les membres de la famille n'ont pas de domicile commun (III, G, g) ;

f) Recherche du rôle possible de la loi du for en l'absence de nationalité commune et de domicile commun. La loi du dernier domicile commun pourrait n'avoir aucun lien avec la situation à régler.

Avec mes vifs remerciements, je vous prie d'agréer, mon cher Confrère, l'assurance de ma considération très distinguée et de mes sentiments tout dévoués.

Juan A. Carrillo-Salcedo

4. Observations de M. Pierre Gannagé

Beyrouth, le 23 juillet 1986

Mon cher Confrère,

La lenteur et l'instabilité, en ce moment, des communications postales avec le Liban ne m'ont pas permis de recevoir assez tôt votre excellent rapport, et de répondre en temps voulu au questionnaire que vous avez adressé aux membres de notre Commission.

Je n'ai pas besoin de vous dire le grand intérêt que j'ai porté à sa lecture, et je partage entièrement votre vision du thème proposé à notre réflexion.

Il paraît difficile en effet, comme vous le soulignez, de considérer le rattachement par la nationalité ou le rattachement par le domicile comme un principe de droit international privé, revêtant un caractère exclusif et devant s'imposer en tout temps et en tout lieu. L'un des deux rattachements ne saurait éliminer l'autre.

Le recours à l'un ou à l'autre dépend nécessairement de la configuration propre et des besoins de chaque pays, des matières envisagées et, à l'intérieur d'une même matière, de la manière dont se présentent les diverses situations qui s'y trouvent réglementées (divorce d'époux de même nationalité, ou divorce d'époux de nationalité différente).

Peut-on parler de principe de nationalité, ou de principe du domicile ? Ne s'agit-il pas seulement d'éléments de rattachement qui se trouvent à la disposition des législateurs, des jurisprudences des divers pays, des auteurs des divers traités et conventions, éléments qui peuvent toujours être utilisés et combinés, en fonction des intérêts et des besoins qu'on cherche à satisfaire ?

Ce relativisme n'exclut pas que des efforts doivent être déployés pour assurer une meilleure articulation des systèmes juridiques traditionnellement attachés au domicile avec ceux qui manifestent une préférence marquée pour la nationalité. C'est là, comme vous le montrez, la tâche que peut mener l'Institut dans ce domaine comme dans les autres.

Votre rapport trace les voies concrètes et précises qui peuvent être empruntées pour assurer au mieux cette communication et cette harmonisation. Les diverses questions que vous nous posez en témoignent et orientent ainsi efficacement le travail de la Commission.

I. — *Délimitation du sujet.*

A. — Il paraît de fait opportun de centrer l'étude du sujet sur les problèmes des conflits de lois. Cela dit, rien n'empêche, si une résolution était adoptée, que les problèmes de la compétence judiciaire soient évoqués, soit dans le préambule, soit même dans une disposition spécifique. Les liens des compétences législative et judiciaire sont de plus en plus marqués en droit international privé, davantage il est vrai dans les pays anglo-saxons où l'application de la loi du for paraît plus fréquente.

Mais même dans les autres pays, l'importance accrue accordée à l'autorité judiciaire pour l'application concrète des réglementations de statut personnel, notamment dans les domaines de la protection des mineurs et de l'adoption, les difficultés d'isoler la procédure des réglementations de fond, pourraient porter à préférer l'élément de rattachement qui réalise plus fréquemment la coïncidence des deux compétences. Le domicile semble marquer à cet égard des points par rapport à la nationalité, puisqu'il conduit plus souvent à l'application de la loi du for. Cependant cette supériorité ne doit pas être exagérée. Car si la nationalité s'avère un véhicule plus important de réception des lois étrangères, cette pénétration n'exclut pas que les pouvoirs et l'appareil procédural

du juge du for puissent être fréquemment adaptés aux dispositions de ces lois.

La dissociation des compétences judiciaire et législative demeure l'une des assises du droit international privé. A cet égard, les liens réciproques des deux compétences ne sauraient minimiser les impératifs spécifiques auxquels obéit chacune d'elles. Ces impératifs se reflètent dans notre matière. Comme vous le soulignez en effet, le domicile constitue l'élément prédominant de rattachement de la compétence judiciaire, le rattachement par la nationalité apparaissant de plus en plus exceptionnel et même exorbitant. Au contraire, sur le terrain des conflits de lois, nationalité et domicile sont à pied d'égalité, la préférence donnée par les autorités d'un pays à l'un ou à l'autre ne pouvant être considérée comme internationalement abusive.

Cette différence est décisive et marque très nettement l'autonomie des règles de conflits de lois dans ce domaine, par rapport à celles des conflits de juridictions.

B. C. D. — La délimitation des matières à propos desquelles doit être examinée l'opposition de la loi nationale à la loi du domicile n'est pas aisée. Le recours à la catégorie du statut personnel pour l'effectuer ne donne pas toujours des résultats satisfaisants. La notion de statut personnel est en effet très élastique. Certes on y inclut généralement sans discussion les dispositions qui règlent le statut individuel de la personne (nom, état, capacité...). On y intègre également les relations de famille (mariage, filiation...), encore que pour préserver l'unité du régime de ces relations et aussi leur caractère spécifique, la doctrine a souvent utilisé la catégorie du statut familial, par opposition aux statuts individuels des membres de la famille.

A cet égard, il peut être utile d'observer que dans les systèmes pluralistes internes du Liban et de certains Etats du Proche-Orient, le nom et la capacité relèvent de la loi civile, alors que les relations de famille sont soumises aux diverses lois religieuses.

La catégorie du statut personnel ne permet pas ainsi de fixer dans l'ordre interne le domaine des lois religieuses par rapport à la loi civile. La délimitation de ce domaine s'inspire d'autres critères, de la nécessité où se trouve l'Etat de respecter les particularismes essentiels des droits communautaires quand ils s'expriment dans des prescriptions précises et résistent à toute tentative d'unification. Or ces particularismes pénètrent non seulement le droit extra-patrimonial de la famille, mais encore les matières des régimes matrimoniaux et des successions.

Le droit international privé de ces pays ne peut que se ressentir de cette physionomie de leurs systèmes internes. Là en effet où l'unité juridique du droit interne a été réalisée, notamment dans le domaine de la capacité, le domicile comme la nationalité pourront être utilisés pour désigner la loi applicable. Le combat entre la nationalité et le domicile sera mené sur le fondement de leurs mérites respectifs, tels qu'ils ont été clairement dégagés et précisés dans votre rapport.

Au contraire, dans les matières où le pluralisme multi-communautaire continue à s'appliquer en droit interne, le domicile ne pourra permettre de désigner

la loi applicable pour le règlement des conflits internationaux de lois. Il en sera ainsi dans le droit extra-patrimonial de la famille, comme dans les matières des régimes matrimoniaux et des successions soumises à la loi nationale.

L'application de la loi nationale à ces matières ne doit pas être interprétée comme le signe de leur appartenance exclusive au statut personnel, puisque leur réglementation met également en cause le droit des obligations et des biens.

Le rattachement par la nationalité prolonge ici, dans les relations internationales, le rattachement par la communauté qui commande la solution du conflit interne.

D'une manière plus générale, la soumission d'une matière ou d'une situation juridique à la loi nationale ou à la loi du domicile ne dépend pas exclusivement de sa classification dans les diverses catégories juridiques. Elle indique aussi la volonté de l'autorité qui l'effectue, de la rattacher aux sujets de la relation envisagée à travers les éléments essentiels qui peuvent les identifier et les caractériser (nationalité, domicile, religion dans les pays où celle-ci constitue un élément autonome de rattachement).

Sans doute le rattachement par le sujet n'est pas sans lien avec la qualification des matières envisagées. Aussi est-il surtout utilisé dans les matières qui réglementent le statut de la personne et les relations familiales. Mais rien n'interdit qu'il puisse être étendu à d'autres domaines de la vie juridique.

L'opposition de la loi nationale à la loi du domicile pourrait ainsi surgir en toutes matières. Mais comme vous le montrez judicieusement elle ne revêt pas le même visage dans chacune d'elles. Assez claire et vive, quand il s'agit du statut de la personne et du droit extra-patrimonial de la famille, elle s'adoucit et perd de sa virulence dans les domaines des régimes matrimoniaux et des successions où le droit de la famille est surtout en lutte avec celui des obligations et de la transmission des biens. Elle s'estompe enfin dans la matière des contrats où la détermination de la circonstance de rattachement manifeste la localisation de ceux-ci dans un pays déterminé ou exprime la volonté présumée des parties.

Aussi paraît-il plus sage de limiter le travail de la Commission au domaine essentiel de la dispute de la loi nationale et de la loi du domicile, savoir le statut individuel de la personne et le droit extra-patrimonial de la famille.

Mais une pareille prise de position ne s'appuie pas sur la définition du statut personnel dont la notion est élastique et prête à ambiguïté. Elle me paraît devoir être adoptée parce qu'elle a plus de chances de préserver l'unité et l'homogénéité du thème examiné par la Commission.

Dans ces matières, en effet, la nationalité se trouve pratiquement seule face au domicile, et à la résidence, alors que dans les autres matières, domicile et nationalité sont également en concours avec d'autres éléments de rattachement. Ce concours, en même temps qu'il rend plus complexe la désignation de la loi applicable, atténue considérablement l'opposition de principe entre la loi nationale et la loi du domicile.

II. — *Mérites respectifs de la nationalité et du domicile.*

A. — Le rapprochement que vous effectuez est complet et facilite considérablement le travail de la Commission.

B. — Oui.

III. — *Propositions de solutions.*

A. — Oui.

B. — Au Liban, la jurisprudence a tendance à considérer que le domicile d'une personne est au lieu de son principal établissement, c'est-à-dire au lieu où elle a le centre de ses activités et de ses intérêts. Cette qualification est étendue aux relations internationales, dans les cas peu fréquents où le domicile est utilisé en vue de la désignation de la loi applicable. On signalera que la femme mariée est domiciliée légalement chez son mari. (Voir : *Le droit libanais*, tome I, p. 60-61, Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1963).

C. — Il ne me semble pas que la notion de résidence habituelle puisse réaliser un compromis acceptable entre le rattachement par le domicile et le rattachement par la nationalité. Et je partage entièrement sur ce point les réserves qui ont été exprimées par M. Batiffol et par le rapporteur.

D. — La jurisprudence libanaise est généralement hostile à l'acceptation du renvoi de la loi nationale à la loi du domicile¹. Cette hostilité est partagée par les codes de plusieurs Etats du Proche-Orient². Elle dénote d'abord l'inaptitude du domicile à désigner la loi applicable dans les pays où le droit interne est pluraliste et se ramifie suivant les communautés religieuses et les ethnies. Elle traduit aussi l'impossibilité de coordonner par le mécanisme du renvoi dans les matières du statut personnel et des successions les systèmes juridiques laïcisés et les systèmes multi-confessionnels.

Ces raisons expliquent que le renvoi puisse par contre être accepté dans les matières où le droit interne libanais a été laïcisé et unifié. Il en serait par exemple ainsi dans le domaine de la capacité contractuelle, si la loi nationale étrangère renvoie à la loi libanaise du domicile et que celle-ci déclare l'étranger capable. Le renvoi pourra aussi être admis s'il est effectué à une loi tierce qui accepte sa compétence. Le système multi-confessionnel libanais n'est pas alors en cause, et on ne voit pas pourquoi le juge civil libanais ne faciliterait pas la réalisation de l'harmonie des solutions que provoque le renvoi dans cette hypothèse.

Il paraît utile que le problème du renvoi soit abordé dans notre sujet. Le renvoi trouve en effet son principal domaine d'application dans les matières du statut personnel et des successions où s'opposent les systèmes de conflit attachés à la loi nationale à ceux qui désignent la loi du domicile. Il convient de rechercher dans quelle mesure le renvoi peut contribuer à atténuer cette

¹ Voir Assemblée plénière de la Cour de cassation, 21 sept. 1961, *Rev. jur. lib.*, 1961, p. 775.

² Voir en ce sens l'art. 29 du Code civil syrien ; l'art. 26 du Code égyptien ; l'art. 31 du Code irakien.

opposition. Sans doute un pareil examen risque de redonner cours à de sérieuses controverses.

Mais peut-être que ces controverses ont perdu aujourd'hui de leur acuité, le renvoi étant de plus en plus considéré en fonction des résultats qu'il peut produire. Ces résultats ne sont pas ainsi les mêmes, comme nous venons de l'observer, dans un pays comme le Liban dont la structure du système interne est pluraliste, et dans un pays comme la France dont le droit interne est unifié. Ils varient aussi en fonction des objectifs des diverses règles de conflit. Il est superflu de s'étendre ici sur ces différences qui ont été souvent mises en lumière. L'Institut pourrait souligner la nécessité d'éviter tout absolutisme face à un problème qui doit être traité avec souplesse et laissé souvent à la sagesse des juges.

E. F. — La solution doit sans doute être trouvée dans une utilisation appropriée de chacun des deux éléments de rattachement : nationalité, domicile.

Cependant le clivage entre l'application de la loi nationale et celle de la loi du domicile ne nous paraît pas devoir être essentiellement établi en fonction des diverses matières qui appartiennent au statut de la personne et au droit de la famille.

Il est nécessaire en effet, dans ces matières, de limiter autant que possible le dépeçage, de manière à préserver les ensembles législatifs, à assurer la cohésion du droit applicable aux personnes et aux relations de famille.

Dans cette perspective, la combinaison de la nationalité et du domicile sera une combinaison hiérarchisée, l'un des deux éléments de rattachement jouant un rôle complémentaire ou subsidiaire par rapport à l'autre qui sera utilisé à titre principal. Ainsi dans les pays où la loi nationale est appliquée, le domicile sera pris en considération lorsque la nationalité est insuffisante ou impuissante à désigner le droit compétent.

A l'inverse, dans les pays où la loi du domicile aura été choisie, on pourra avoir recours à la nationalité si la recherche du domicile se heurte à trop d'incertitudes, ou si les membres de la famille n'ont pas de domicile commun. La nationalité, en raison de sa plus grande stabilité, semble devoir alors l'emporter sur la résidence même habituelle.

Cette subsidiarité ne pourra cependant jouer dans les Etats multi-confessionnels dont le droit interne est fondé sur le pluralisme des statuts familiaux. Dans ces pays, le domicile ne pourra prendre la relève de la nationalité et d'autres solutions ont dû être trouvées pour remédier aux défaillances de celle-ci (application discutable de la loi nationale du mari, recours à l'autonomie de la volonté pour la désignation de la loi applicable aux effets et à la dissolution des mariages mixtes...).

G. — a) Il paraît meilleur de maintenir la capacité sous l'empire de la loi personnelle, quitte à tempérer, dans l'intérêt des tiers, la règle ainsi adoptée par des solutions inspirées de l'arrêt Lizardi.

Une pareille position a été consacrée par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur les obligations contractuelles (art. 11), ainsi que par plusieurs codifi-

cations nationales, notamment celles des Etats du Proche-Orient. Elle conduit à consacrer la validité du contrat, malgré l'existence d'une incapacité établie par la loi personnelle d'un des contractants, si l'autre contractant a contracté de bonne foi, dans l'ignorance excusable de cette incapacité. La solution doit être appliquée, que le contrat ait été passé dans l'Etat du for ou dans un Etat étranger. Elle a le mérite, en raison de sa souplesse, de préserver la permanence du statut personnel, tout en assurant la sécurité des transactions, la protection du commerce.

b) Cette distinction ne s'impose pas. Comme cela a déjà été observé, dans les pays attachés à la loi nationale, l'application de la loi du domicile aux relations familiales nous paraît devoir être limitée aux hypothèses où la nationalité est défaillante ou impuissante à désigner le droit compétent.

Il en sera notamment ainsi dans les domaines des effets du mariage et du divorce, si les époux sont de nationalités différentes. Cette solution ne pourra cependant être étendue aux Etats multi-communautaires où le droit interne de la famille se diversifie avec les communautés et les ethnies, et où le domicile, comme on l'a constaté, ne peut permettre de désigner le droit compétent.

c) Cette solution qui a été parfois préconisée est difficile à concrétiser et manque souvent de réalisme. Elle est fondée sur la présomption que les immigrants, à l'expiration d'un certain nombre d'années difficile à déterminer, finissent par acquérir la mentalité du pays d'accueil et doivent donc être assimilés aux nationaux. Or, comme vous l'observez, cette présomption est souvent démentie par les faits, lorsque les immigrants appartiennent à une civilisation trop éloignée de celle de l'Etat qui les reçoit.

Plutôt alors que d'adopter dans le domaine des relations familiales les mœurs et habitudes du pays où ils s'établissent, les immigrants ont tendance à y transplanter les traditions et coutumes de leur pays d'origine. Une immigration importante peut ainsi contribuer à créer une société pluraliste à laquelle l'application de la loi nationale paraît plus adaptée.

On objectera qu'une pareille prise de position ne manquera pas d'altérer l'homogénéité du système interne de l'Etat immigrant. On observera aussi que si certains groupes d'immigrants demeurent fidèles aux traditions de leur pays d'origine, d'autres au contraire préfèrent être régis par les lois du pays qui les accueille.

Conscients de ces difficultés, certains auteurs n'ont pas hésité à envisager d'offrir aux étrangers de véritables options de législation entre leur loi nationale et la loi du domicile³. Cette pénétration de l'autonomie de la volonté dans le domaine des relations familiales qui n'est pas surprenante dans les Etats où le pluralisme des statuts personnels s'applique dans l'ordre interne, est toujours accueillie avec réserve là où le droit est unifié et où la réglementation des relations familiales ne saurait dépendre de la volonté des particuliers.

³ Voir Catherine Labrusse, « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1975, p. 131-132.

De toute manière le clivage entre la loi nationale et la loi du domicile fondé sur une « coupure dans le temps » ne constitue pas une solution de conciliation satisfaisante susceptible d'être érigée en règle générale. Il a d'autre part pour conséquence de soumettre le statut personnel à deux lois successives qui pourront être d'inspirations très éloignées, et dont la cohabitation dans le temps provoquera souvent de fâcheuses discordances.

Il paraît en définitive plus sage que chaque Etat maintienne sa règle de conflit générale dans ce domaine, commandée par la physionomie de sa population, quitte à la tempérer par des traités et conventions conclus avec les Etats des groupes d'immigrants à qui cette règle apparaît mal adaptée.

d) Il semble de fait plus judicieux de soumettre l'apatride à la loi de son domicile, à défaut, à la loi de la résidence, la *lex fori* n'étant appelée qu'en dernier ressort. Cependant ces solutions sont encore inapplicables dans les systèmes interpersonnels. D'une part, le domicile et la résidence ne pourront combler l'absence de nationalité de l'apatride que s'ils se trouvent fixés en dehors du pays du for. D'autre part, la loi du for elle-même, en raison de son caractère pluraliste, ne pourra davantage remplir ce rôle. Le retour à la loi de l'ancienne nationalité de l'apatride qui constitue souvent un réfugié politique pourra alors être proposé. Mais, comme vous l'observez, cette solution n'est pas toujours réaliste et ne peut être acceptée en règle générale.

Force alors est de recourir à la loi la plus effective, certes bien difficile à déterminer, lorsque ni la nationalité, ni le domicile et la résidence ne permettent de la préciser. La loi confessionnelle pourra revêtir ce caractère d'effectivité s'il apparaît que l'apatride appartient en fait à une communauté déterminée dont il suit pratiquement les conceptions et les modes de vie.

e) Oui, sauf les exceptions qu'impose la structure des systèmes juridiques interpersonnels.

f) L'application de la loi du domicile commun est de fait souhaitable dans cette hypothèse et se trouve, comme vous l'observez, adoptée en droit positif, dans plusieurs pays.

Elle me paraît devoir être étendue en principe aux effets du mariage sur les personnes des époux, à ses modes de dissolution (divorce, séparation de corps...) comme aux relations des parents et des enfants, en l'absence de nationalité commune de ceux-ci. Cette extension permettra d'assurer l'unité, l'homogénéité du statut de la famille. Elle ne peut évidemment être maintenue en matière de filiation naturelle où la loi nationale de l'enfant doit prévaloir, pour la raison souvent indiquée qu'elle réalise l'unité de son statut à l'égard de ses auteurs.

La difficulté réside dans la détermination du domicile commun qui est susceptible de changements et dont la disparition est fréquente en cas de dislocation du foyer. A cet égard, les solutions données par la jurisprudence française issue de l'arrêt Rivière ont une valeur indéniable et ont exercé, comme vous l'observez, une influence très nette sur plusieurs codifications étrangères.

On peut cependant éprouver des hésitations, quant à la nécessité d'appliquer

la loi du for, en cas de disparition du domicile commun des époux. Sans doute la solution peut être défendue dans le domaine du divorce qui, en raison de son aspect procédural, subit l'attraction de la loi du juge appliquée dans les pays anglo-saxons.

Mais s'agissant des effets du mariage, le maintien de la loi du domicile ne préserve-t-il pas davantage la continuité du statut matrimonial, tant que la dissolution n'aura pas été prononcée ?

La loi du dernier domicile matrimonial paraît alors avoir plus de titres à s'appliquer, si du moins on résout le conflit mobile en sa faveur. Une partie de la doctrine, en effet, dans un souci de stabilité et de permanence du droit applicable a préconisé que le domicile soit définitivement déterminé au moment de la conclusion du mariage. Cette solution ne manque pas d'intérêt. On lui a cependant reproché son manque de réalisme du fait que les relations des époux ne sont plus localisées dans le pays de leur premier domicile avec lequel ils ne gardent souvent que des attaches lointaines. L'application de la loi du dernier domicile matrimonial accompagnée du correctif de la fraude est généralement préférée. On observera que dans les codes Proche-Orientaux, le conflit mobile dans le domaine des effets du mariage est réglé au profit de la loi ancienne, celle de la loi de la nationalité du mari envisagée au moment du mariage (art. 13 du Code civil égyptien, 14 du Code civil syrien, 19 du Code civil irakien). La règle peut se justifier du fait que la nationalité constitue un rattachement plus stable, moins changeant que le domicile. Elle garantit aussi la permanence du statut matrimonial contre les risques inhérents au changement de nationalité d'un des époux.

g) Oui, l'application de la loi de la nationalité commune des époux devrait être acceptée dans cette hypothèse.

h) La loi du dernier domicile commun nous semble devoir l'emporter sur la loi du for.

i) Au Liban, le régime matrimonial est soumis à la loi qui régit les effets du mariage, les successions à la loi nationale du défunt (arrêté 3339 du 12 novembre 1930, art. 231, al. 2 ; arrêté 141 du 3 octobre 1933, art. 9).

Ces solutions sont également adoptées dans plusieurs codes des Etats du Proche-Orient (art. 13 à 17 du Code civil égyptien ; 14 à 18 du Code civil syrien ; 19 à 22 du Code civil irakien).

Dans l'attente du plaisir de vous revoir, je vous prie de croire, mon cher Collègue, à mon bien fidèle et cordial souvenir.

Pierre Gannagé

5. *Observations de M. Ronald Graveson*

London, 25 June 1986

My dear Confrère,

In my own language (which I know best) I offer you my warmest thanks and congratulations on your objective and illuminating preliminary report on the Duality of the Principles of Nationality and Domicile in Private International Law. Your presentation of this century-old problem in the light of your scholarly perception has enabled me to reconsider the relationship and indeed the relevance of these principles. But may I first make three general remarks?

In the first place, should the Institute seek a resolution that is likely to be generally acceptable at once because it makes little change in the existing systems of private international law, or should it strive for recommendations that would more clearly reflect contemporary needs and the probable course of future developments, proposals that would not be so readily accepted? In other words, should the policy be short-term or long-term? Against the background of the distinguished work of the Institute my preference would be for the latter.

Secondly, may I clarify and if possible remove a common misunderstanding about the concept of the domicile of origin in the common law, which is often assimilated by Continental jurists to nationality? Since domicile was the basis of the English personal law, it was necessary that every person of whatever nationality, age or sex should have one domicile and not more than one for the same purpose at the same time. Every person of whatever nationality receives at birth a domicile of origin based neither on the place of birth nor the nationality of his parent, but on the domicile at the date of the child's birth of the father in the normal case of a legitimate child or of the mother in the case of an illegitimate child or one born after his father's death. This domicile of origin can be displaced freely at the will of any person of full age and capacity by his own act in acquiring a domicile of choice anywhere in the world. But domicile of choice involves both residence and an intention to remain permanently or indefinitely in the chosen country. In the nineteenth century it was almost inconceivable that British colonial civil servants or members of the armed forces serving for many years in various parts of the British Empire (unlike the position of settlers) would wish to remain abroad rather than return to the United Kingdom on retirement, as was in fact the case. It was partly in respect of this category of persons and in these circumstances that the rather rigid requirements developed for the acquisition of a domicile of choice and the consequent continued operation or resumption of domicile of origin. But where evidence was sufficient to show an intention to live permanently in an oriental country, the English courts eventually recognised the acquisition there of a domicile of choice — (*Casdagli v. Casdagli* [1919] A.C. 145). The question was one of weight of evidence.

The English law of domicile was examined by the Law Commission and

the Scottish Law Commission for Scots law in 1985 (Working Paper No. 88 and Consultative Memorandum No. 63) and various reforms proposed, including the abolition of the doctrine of the automatic revival of the domicile of origin on the loss of a domicile of choice in favour of the continuation of an existing domicile until the acquisition of a new one (as generally in U.S.A.). These proposals may form the basis of legislation within the next few years and may be treated accordingly. It may thus appear that the analogy between nationality and domicile of origin, never very strong, is likely to vanish completely before our discussions conclude. But beyond this minor point lies the major distinction that nationality is a matter of public law whereas domicile is one of private law, essentially subject to the will of the person concerned, as is most if not all of the subject-matter of the personal law.

In the third place it may be helpful in considering the scale and significance of our task to realise that probably most of the world's inhabitants are both domiciled and habitually resident in the country of which they are nationals and are nationals of the country in which they are both domiciled and habitually resident. In terms of perspective our problem thus concerns the exceptional rather than the normal case. I base this platitudinous conclusion on my observations in various countries over the past half-century, which may serve as a rough sample and probably coincides with the experience of our *Confrères*. (The situation of persons domiciled in non-unified legal systems merely refines but does not contradict this conclusion.)

Against the background of these general observations I turn to your Questionnaire.

I. — *Delimitation of the Subject.*

A. — The conflict of laws is as important as the conflict of jurisdictions and in principle should equally be considered. However, your arguments for excluding questions of jurisdiction are persuasive, to which I might add the argument of limiting our subject-matter to available time. But if jurisdiction is to be excluded it is important, even essential, to explain its relevance to our subject and the reasons for its exclusion.

B. — Our reference does not require us to consider every matter to which the duality of nationality and domicile applies. We may discover convenient limits as we proceed.

C. — No — this would be a time-consuming and unnecessary distraction from our main task.

D. — So far as time allows we should include whatever matter in our opinion should be governed by our eventual proposals.

II. — *Respective Merits of Nationality and Domicile.*

A. — The concept of nationality is more uniform than domicile but has the opposite defects of statelessness and multiple nationalities. To the individual

nationality is normally a far more important quality than domicile, but for different reasons. Please refer also to my earlier comments.

B. — I share your views to a considerable extent, subject to a recognition that the main purpose of nationality is political allegiance while the main purpose of domicile is determination of the personal law. Arising partly from this distinction English judges have traditionally rejected arguments favouring evasion of the law (*fraude à la loi*) in particular in matters of personal law.

III. — *Proposed Solutions.*

A. — It would not be realistically possible to establish a single universal rule for the personal law, since (*inter alia*) transactions governed by the personal law usually involve more than one person and more than one system of personal law may thus be applicable. Secondly, although no person can be without a domicile in common law systems, statelessness is not uncommon generally and would thereby disqualify nationality as a single universal rule. Of other criteria, habitual residence presupposes a home, a legal irony in a world of homeless persons, and is likewise unsuitable although it has been used at The Hague as a compromise principle. The only universal rule would be the abolition of the personal law. I regard the personal law as a useful concept which should be retained.

B. — It would be useful, though difficult, to unify the concept of domicile. The concept of nationality has the advantage of being far more uniform internationally. In English law the concept of domicile is the same whether or not used in legislation (with the abnormal exception of jurisdictional domicile in the still inoperative Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982). In essence domicile is a judicially created concept.

C. — Please see III A above. Habitual residence should be considered only as a third resort after the failure of any effective nationality or domicile. Habitual residence would rank above the *lex fori*, which would operate in the absence of effectiveness of all the preceding criteria.

D. — In English law *renvoi* operates in cases of succession, but scarcely otherwise. It is generally excluded in legislation affecting matters of personal law, largely reflecting the policy of Hague Conventions of the past twenty years.

I should exclude *renvoi* from our discussions as an unnecessary distraction, leaving it where it stands as a matter of general private international law.

E. — Yes.

F. — I regard the "atomisation" of the *statut personnel* as neither useful nor realistically possible.

G. — (a) Whether the personal law is based on nationality or domicile, capacity to make commercial contracts should be excluded and referred to the law of the contract.

(b) No.

(c) Not very satisfactory for reasons given in your Report.

(d) For apatrides resort should be made to (1) domicile, (2) habitual residence, (3) *lex fori*, in that order.

(e) Yes.

(f) Yes. The principle should apply also to filiation. Common domicile exists where all the parties to a legal situation have permanent homes (though not necessarily with each other or in the same building) within an area subject to a single legal system.

(g) Exactly.

(h) In this case I should refer first to the common habitual residence (if any), failing which the *lex fori*.

I look forward with pleasure to our meeting in Cairo.

With my best wishes to you,

Yours sincerely,

Ronald Graveson

6. Observations de M. Erik Jayme

Heidelberg, le 16 juin 1986

I. — Délimitation du sujet.

A. — A mon avis, il est nécessaire d'inclure les conflits de juridictions. Dans les pays anglo-saxons on applique, en droit de famille, la *lex fori*; les règles de conflits de lois sont cachées derrière les règles juridictionnelles. C'est pour cela que plusieurs systèmes de l'Europe continentale ont développé, pour harmoniser la dualité des principes de nationalité et de domicile, la théorie du « renvoi caché » largement suivie par la jurisprudence allemande (voir Jayme, « Zur « versteckten » Rück- and Weiterverweisung im internationalen Privatrecht », *ZfRV* 1970, p. 253) qui se base sur des règles juridictionnelles étrangères.

En outre, dans le système allemand actuel, la compétence judiciaire, en cas de divorce des époux étrangers, dépend de la reconnaissance du jugement allemand dans l'Etat dont les époux ont la nationalité (§ 606 b ZPO).

B. — Je limiterais le sujet au droit de famille et de successions à l'inclusion du régime matrimonial.

C. — Une définition générale du statut personnel excèderait — à mon avis — le sujet de notre Commission.

D.— Voir B.

II. — *Mérites respectifs de la nationalité et du domicile.*

A. — Une résolution de l'Institut pourrait, à mon avis, aboutir à une réconciliation des deux principes en cas de *double nationalité*. C'est la nationalité du pays du domicile qui se prête le mieux comme critère de rattachement. A mon avis, on pourrait prendre la double nationalité comme un point principal de la résolution. Les systèmes nationaux tendent à favoriser la nationalité du for sans tenir compte du domicile dans l'Etat de la nationalité étrangère. A mon avis, le domicile est un facteur qui indique l'effectivité d'une nationalité si une personne appartient à plusieurs Etats.

B. — Oui.

III. — *Propositions de solutions.*

A. — Oui. D'autre part, je suis convaincu que le principe de la nationalité est plus approprié pour les questions de l'état de la personne, tandis que certains effets (mesure de protection, pension alimentaire) se rattachent mieux au principe du domicile.

B. — Il faut, à mon avis, approfondir la notion de domicile à l'égard de la « *résidence habituelle* ».

C. — Oui. Surtout si l'on pense à la pension alimentaire.

D. — J'opterais pour l'inclusion du renvoi. Dans la République fédérale d'Allemagne, le renvoi de la loi nationale à la loi du domicile est accepté; selon la jurisprudence dominante, on applique les règles matérielles allemandes sans tenir compte du fait éventuel que la loi du domicile renvoie aussi aux règles de conflits du for.

E. — Application distributive.

F. — J'opterais contre un dépeçage du statut personnel. Je soumettrais seulement certains effets de l'état d'une personne à des lois différentes (voir Résolutions d'Helsinki sur les effets du mariage dissous).

G. — a) Je voudrais faire une distinction entre les contrats conclus à l'intérieur d'un pays et les contrats par correspondance conclus entre personnes qui ont leur résidence habituelle dans des pays différents. Pour les premiers on pourrait écarter la loi nationale, en faveur de la loi « locale », en matière de capacité.

b) Je suivrais les Résolutions d'Helsinki sur le mariage dissous; je favorise l'application de la loi nationale commune au divorce, l'application de la loi du domicile commun à la pension alimentaire. Le statut familial devrait rester la loi nationale.

c) Si un étranger, après avoir vécu un certain nombre d'années dans le pays d'accueil, n'acquiert pas la nationalité de ce pays, c'est un facteur qui indique

que le lien avec le pays d'origine est encore plus fort que le lien avec le pays du domicile. A mon avis, il faut toujours appliquer la loi nationale.

d) Dans la jurisprudence allemande, on a tenu compte, pour la question du nom des réfugiés, de l'ancienne loi nationale (OLG Hamm, 26 novembre 1982, StAZ 1983, p. 73 : mariage d'une femme chilienne réfugiée, avec un Espagnol).

e) Oui.

f) La jurisprudence allemande applique, en cas de divorce des époux de nationalité différente, la dernière loi nationale commune si l'un d'eux a retenu cette nationalité et à défaut d'une dernière nationalité commune retenue par un époux, la loi de la résidence habituelle commune (voir Jayme, *Clunet* 1984, p. 645-646). On pourrait étendre cette solution à toutes les relations familiales.

g) Oui.

h) Dernier domicile commun.

i) Les régimes matrimoniaux et les successions suivent en droit allemand le statut personnel.

Erik Jayme

7. Observations de M. Allan Philip

Copenhagen K, August 12, 1986

Dear Colleague,

Thank you for your letter of the 2nd May. I am very sorry not to have replied before due to an excessive work load. I hope it is not too late now.

I have read your very interesting report with great attention. I find it excellent and very exhaustive.

I am going to make some remarks taking my point of departure in your questionnaire although I find it too schematic to reply directly to its questions.

May I first make the following general remarks. I think your report shows how difficult it is to try and draft some general rules or principles as to how to overcome the difficulty resulting from the existence of two different connecting factors in respect of personal status, domicile and nationality. Of course, it is always possible to indicate ways or methods of solving this problem and areas where the two connecting factors may supplement each other, leaving to the practice to apply these ideas where it is found useful to do so. On the other hand, I also think that your report and the examples you give show that when specific problem areas are analysed it is possible to find compromises between the adherents of each of the two connecting factors. It was possible as you mention in your report when we drafted the convention on matrimonial property in the Hague. The big problem is, of course, that when you try to obtain such compromises the result tends to become very

complicated, no one becomes really happy with the result and as a result you get few ratifications.

My suggestion is that you should continue with your very realistic and minimalist approach and concentrate on making an inventory of possible solutions by expanding the examples that are contained in your preliminary report. It could become a very useful catalogue to draw on when the future conventions are to be made in the field of the law of status and capacity, marriage and succession where the two connecting factors play a role. You may, of course, draw upon existing conventions as on your vast experience.

In this connection may I say that I think that although the Hague convention on conflicts between domicile and nationality has not as such had any success the solutions it contains are very useful and were in fact *e.g.* applied in working out the matrimonial property convention. They should certainly be included in your inventory. I also think it is worth while pointing out that in the majority of cases people are domiciled in the country whose nationality they possess and that we are concerned with the marginal cases.

In connection with your remarks that it would be possible to bridge the gap between the two connecting factors by requiring a certain length of residence before accepting the application of the law of the domicile let me refer you to the Scandinavian conventions which have applied both a two years and a five years rule in this respect, *cf.* my Hague lectures from 1959. The danger is, of course, that the domicile test tends to be replaced by a pure residence test.

It follows from the above that I think you should exclude matters of jurisdiction and of contract but include the remaining parts of conflicts of laws where the two connecting factors are used in your research. I do not see any purpose in defining *statut personnel* in order to discuss the subject.

With respect to the concept of domicile any attempt to harmonize it will probably be in vain, although the British have gone some way in respect of jurisdiction in the jurisdiction and judgments Act. May I remind you of a Council of Europe recommendation which took years to work out and achieved nothing. (I participated in the work.)

Renvoi as such should not enter into the discussion, but as above mentioned the solutions in the Hague convention should be considered.

With respect to your question as to the content of Danish law the matrimonial property is, in principle, subject to the law of the domicile of the husband at the time of marriage and the law of succession is subject to the law of the last domicile of the deceased. These rules apply both to real and personal property.

With my very best wishes.

Yours sincerely,

Allan Philip

8. *Observations de M. Frank Vischer*

Bâle, le 24 juillet 1986

Mon cher Confrère,

C'est avec le plus grand intérêt que j'ai lu votre rapport préliminaire sur «La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé».

Votre argumentation est si complète que je me limite aux remarques suivantes :

1. Je suis pour l'inclusion de la question de compétence judiciaire. A mon avis, on ne peut pas isoler la question du droit applicable de la question de compétence judiciaire.

Dans le cadre de notre sujet, on doit surtout discuter la question de savoir si une personne a toujours l'accès aux tribunaux de son Etat national, ou si le for national est seulement ouvert lorsque l'action ne peut pas être intentée au domicile, ou si l'on ne peut raisonnablement pas exiger qu'elle le soit, comme le prévoit le projet suisse de la loi de D.I.P.

Il faut aussi se demander si le for national entraîne l'application de la loi.

La question de compétence judiciaire revêt une importance spéciale si on suit le système suisse mentionné sous 2 a).

2. Dans l'état actuel, un système ne reposant ni sur la nationalité ni sur le domicile ne peut pas trouver un accord international. Il faut vivre avec les deux systèmes et essayer de jeter un pont entre les deux.

Diverses solutions méritent d'être discutées.

a) Le projet suisse de la loi de D.I.P. distingue entre l'application directe d'une loi par le juge compétent suisse et la reconnaissance d'un statut acquis à l'étranger, soit par jugement, soit par acte privé. Comme le dit notre confrère A. von Overbeck : « le système suisse traite donc pour l'essentiel des actes juridiques faits à l'étranger comme des décisions judiciaires étrangères » (Cours général de D.I.P., *Rec. des Cours* 1982, III N. 377).

Pour la reconnaissance des actes passés à l'étranger le projet suisse utilise le principe libéral du rattachement alternatif.

Pour donner un exemple : pour la reconnaissance de légitimation, l'article 70 détermine le droit à appliquer par le juge compétent suisse :

« ¹ La reconnaissance en Suisse est valable si elle est conforme au droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, du domicile de la mère ou du père ou de l'Etat national de l'un des parents. La date de la reconnaissance est déterminante.

² La forme de la reconnaissance en Suisse est régie par le droit suisse.

³ La contestation de la reconnaissance est régie par le droit suisse. »

L'article 71 règle la reconnaissance intervenue à l'étranger comme suit :

« ¹ La reconnaissance d'un enfant intervenue à l'étranger est reconnue en Suisse lorsqu'elle est valable dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, dans l'Etat du domicile de la mère ou du père ou dans l'Etat national de l'un des parents.

² Les décisions étrangères sur la contestation de la reconnaissance sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'un des Etats mentionnés au premier alinéa. »

Ce système met, pour la reconnaissance, la nationalité sur le même pied que le domicile. Par là on évite des solutions boiteuses. En plus, le projet estime « qu'un tel acte établi à l'étranger conformément au droit étranger a constaté une situation de fait social qui ne devrait pas, sans nécessité, être remise en cause en Suisse. Un mariage conclu valablement à l'étranger doit pouvoir être reconnu parce que sa non-reconnaissance ne créerait qu'insécurité et que les effets sociologiques qu'il a causés ne peuvent sans autre être détruits » (Message du Conseil fédéral suisse, 10 nov. 1982, p. 63).

b) Pour l'application directe par le juge compétent le principe d'un choix limité de la loi applicable par la partie intéressée servirait à une certaine conciliation entre les deux systèmes.

Ainsi depuis 1891 le D.I.P. suisse reconnaît à l'étranger, domicilié en Suisse, la faculté de soumettre sa succession par testament ou pacte successoral au droit de l'un de ses Etats nationaux. Le projet étend la *professio iuris* à d'autres domaines, aux régimes matrimoniaux (art. 52) et au nom (art. 35, al. 2).

Après ces remarques générales, je réponds à vos questions comme suit :

A. — Je partage votre opinion que l'on ne saurait proposer une règle universelle consacrant la suprématie totale de l'un ou de l'autre critère de rattachement en matière de statut personnel.

B. — Le domicile, qui est en droit international privé suisse le critère du rattachement principal, est défini comme lieu où une personne réside avec l'intention de s'établir. Il se compose donc d'un élément objectif (résidence d'une durée illimitée) et d'un élément subjectif (*animus manendi*). Pour fonder un domicile, une personne doit avoir la capacité de discernement, mais ne doit pas avoir la capacité civile. Le domicile se trouve au lieu où une personne a le centre de ses intérêts. Les intérêts familiaux ont un poids prépondérant, ce qui n'exclut pas la prise en considération des intérêts professionnels et financiers. Pour le D.I.P., il n'y a pas de domiciles dépendants. Le domicile devrait être déterminé pour chaque personne, pour les personnes qui séjournent dans un home ou une institution (Message du Conseil fédéral, p. 52 et suiv.).

C. — La notion de résidence habituelle est trop faible pour pouvoir réaliser un compromis. Mais cette notion peut être utilisée comme point de rattachement pour déterminer le statut d'un enfant (projet de la loi D.I.P., suisse, art. 66).

D. — Dans certains cas, le renvoi pourrait constituer un moyen de conciliation entre les deux systèmes. Le D.I.P. suisse repose en principe sur le domicile. Le projet admet le renvoi « si, en matière d'état civil, la loi étrangère renvoie au droit suisse » (art. 13, al. 2). De même, le renvoi au premier ou au deuxième degré est admis pour la question du nom d'une personne domiciliée à l'étranger (art. 35) et pour la succession d'une personne qui a eu son dernier domicile à l'étranger (art. 89). Ainsi, pour certaines questions, on réalise le principe qu'une personne à l'étranger peut vivre ou disposer en conformité avec l'ordre juridique (y compris les règles de D.I.P.) de son domicile.

E. — Pour certains cas, une combinaison de la loi nationale et du domicile peut être utilisée. Je cite comme exemple la solution suisse pour la filiation par naissance, l'article 66 :

« 1 L'établissement, la constatation et la contestation de la filiation sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant.

2 Toutefois, si aucun des parents n'est domicilié dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant et si les parents et l'enfant ont la nationalité du même Etat, le droit de cet Etat est applicable. »

F. — Je suis pour une solution adaptée à l'aspect du statut en cause. On pourrait envisager une solution différente pour le rattachement du nom et pour celui de la constatation de la filiation.

Dans cette optique il faut aussi se demander si on doit nécessairement soumettre au même régime la question du fondement du statut et la question des effets du statut.

G. — a) Je suis pour la soumission de la capacité civile au droit du domicile (projet suisse art. 32).

La question de la jouissance du droit civil devrait être soumise au rapport juridique qui présuppose la jouissance des droits civils. Je ne crois pas que la soumission de l'état de la personne à la loi nationale soit une solution acceptable.

b) J'hésite à accepter une différence entre le statut individuel et le statut familial.

c) Un système qui tient compte du nombre d'années passées dans le pays d'accueil pourrait constituer une solution acceptable pour certaines questions. Mais il ne faut pas oublier les difficultés de preuve et d'incertitude qui sont liées à une telle proposition. Il faut aussi tenir compte des difficultés qu'entraîne un soudain changement de la loi applicable.

e) Oui.

f/g) Le domicile commun s'impose comme point de rattachement pour les rapports entre époux de nationalité différente. Ces solutions pourraient être étendues aux rapports de filiation. Pour les pays qui adhèrent au domicile, on pourrait proposer l'application de la nationalité commune si les époux ont des nationalités communes mais des domiciles différents. Le même principe pourrait

être appliqué pour la filiation (je me réfère à l'article 66, alinéa 2, du projet suisse).

Le domicile commun présuppose un domicile dans le même Etat, mais pas nécessairement dans le même lieu.

h) Dans certains cas, le dernier domicile commun semble préférable à la loi du for. L'application de la loi du for dépend naturellement des chefs de compétence directe.

i) En Suisse, les régimes matrimoniaux et les successions ne suivent pas le sort du statut personnel.

Je vous prie d'agréer, cher Confrère, l'assurance de mes sentiments dévoués.

Frank Vischer.

9. Observations de M. Piero Ziccardi

Milan, le 10 juillet 1986

Mon cher Collègue,

Je suis quelque peu en retard sur la fin juin, date que vous préconisiez pour les réponses à votre questionnaire. Je vous prie de bien vouloir m'en excuser, mais j'ai été empêché de faire plus vite car je n'ai pas encore réussi à vaincre un certain embarras. Celui-ci provient du fait que j'avais préparé, il y a trois ans à peu près, la note exploratoire sur laquelle le Professeur Batiffol s'était prononcé par sa note du 8 août 1983. Il s'ensuivit la décision de la Commission des travaux en faveur du thème proposé.

Or, mon embarras naît du fait que l'orientation que j'avais suivie était celle de dédier tous nos efforts au seul but d'une reconstruction de ce qu'est l'appartenance des particuliers à l'une ou à l'autre communauté de droit civil, aux fins du droit international privé.

Je ne saurais me détacher de ladite orientation, qui d'ailleurs m'apparaît très éloignée de la vôtre, qui vise à donner un tableau exhaustif des problèmes reconduisibles à la dualité « nationalité-domicile ».

Permettez-moi, en revanche, de vous féliciter pour l'ampleur, la profondeur et la richesse de votre rapport, qui est le témoignage de l'étendue de votre doctrine et de vos expériences, et veuillez m'excuser si, pour l'instant, je ne suis pas encore en mesure de prendre position sur votre questionnaire, ce que j'espère néanmoins faire avant fin juillet.

Je vous prie d'agréer, cher Collègue, l'assurance de ma meilleure considération et de mes sentiments les plus dévoués.

Piero Ziccardi

10. Réponses de M. Piero Ziccardi au questionnaire

Milan, 1^{er} août 1986

I. — *Délimitation du sujet.*

A. — D'accord pour limiter.

B. C. D. — Pas de réponse.

II. — *Mérites respectifs de la nationalité et du domicile.*

A. — Non.

B. — Oui.

III. — *Propositions de solutions.*

A. — D'accord.

B. — Pas utile.

B. — Deuxième alinéa : cela n'a pas d'intérêt.

C. — Non : en revanche un critère subsidiaire.

D. — La loi italienne exclut le renvoi. Le problème ne saurait être abordé que pour en exclure l'utilité.

E. — Combinaison.

F. — Trop dangereux.

F. — Deuxième alinéa : pas de réponse.

G. — Sous réserve :

a) Cf. article 17, 2^e alinéa Disp. prélim. Code civil italien.

b) Non, il convient de les intégrer l'un et l'autre.

c) Peut-être à titre de recommandation, faute d'une convention visant à l'intégration des deux.

d) A la loi de la résidence, à défaut la loi du for.

e) Peut-être mieux la loi de la résidence.

f) et g) Bien sûr.

h) Pas domicile, voire résidence.

i) Oui.

Piero Ziccardi



